

Die Bebauungsplanzusage

**Eine Untersuchung der kommunalen Selbstverpflichtung
zur Aufstellung eines Bebauungsplanes
durch einseitige und vertragliche Zusagen**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Dipl.-Ing.
Martin Dossmann
aus Iserlohn

1985

Die Bebauungsplanzusage

**Eine Untersuchung der kommunalen Selbstverpflichtung
zur Aufstellung eines Bebauungsplanes
durch einseitige und vertragliche Zusagen**

**Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster**

**vorgelegt von
Dipl.-Ing. Martin Dossmann
aus Iserlohn
1985**

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Werner Hoppe
Dekan:	Prof. Dr. Jürgen Schmidt
Tag der mündlichen Prüfung:	31.01.1985

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	
Problemstellung und Gegenstand	1
 Erstes Kapitel	
Grundlagen	4
I. Grundzüge des Bauleitplanungsrechts	4
1. Städtebauliche Gestaltungsinstrumente der Gemeinde	4
2. Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG	5
3. Abwägungsfehler und ihre Rechtsfolgen	6
4. Der Ausgleich eines Abwägungsdefizits	7
5. Die Heilung eines Abwägungsdefizits	8
II. Analyse der Interessenlagen und -konflikte	9
1. Die Ausgangsfälle	9
2. Die Interessen der Gemeinde	13
a) Die Planungsk Kooperation	13
b) Die Finanzierungs Kooperation	15
c) Die Realisierungs Kooperation	18
d) Die Wahrung der planerischen Flexibilität	21
3. Die Interessen der Bauwilligen	23
4. Die Interessen der Verfahrensbeteiligten	25
5. Symbiose und Kollisionen der Interessen	26
 Zweites Kapitel	
Zusagen im System des Verwaltungshandelns	29
I. Vorläufige Orientierung	29
II. Die Funktionen der Zusagen	33
1. Hemmungs- und Entlastungsfunktionen	33
2. Kooperative Funktionen	33
3. Resümee	35
III. Die Rechtsnatur der Zusagen	35
1. Die einseitige Zusage	36
a) Die Regelung durch Zusage	37
b) Die verminderte Bindungswirkung der Zusage	38

c)	Die Zusage als eigenständige Handlungsform	40
2.	Die vertragliche Zusage	43
IV.	Abgrenzungen	44
1.	Einseitige und vertragliche Zusagen	44
2.	Zusage und Inaussichtstellung	47
3.	Zusage und Auskunft	50
V.	Die Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze	51
1.	Die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit (§ 1 Abs. 1 VwVfG)	52
a)	Öffentlich-rechtliche Tätigkeit	53
b)	Verwaltungstätigkeit	54
2.	Die Anwendbarkeit des § 38 VwVfG auf einseitige Zusagen	55
3.	Die Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG auf vertragliche Zusagen	57
a)	Der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages	57
b)	Die Zulässigkeit der Vertragsform	61
c)	Das subordinationsrechtliche Vertragsverhältnis	62
d)	Vorgezeichnete Probleme bei Anwendung der gesetzlichen Regelungen	64

Drittes Kapitel

	Die Rechtmäßigkeit der Zusagen	65
I.	Der Vorrang des Gesetzes	65
1.	Zur Doktrin "Kein Anspruch auf Normerlaß"	66
a)	Die Rechtsnatur des Bebauungsplanes	67
aa)	Anzeichen für eine "atypische Rechtsnorm"	68
bb)	Zur generellen Geltung des Bebauungsplanes	69
cc)	Zur Abstraktheit des Planinhalts	70
dd)	"Fließende Grenzen" und ihre Konsequenz	71
b)	Zur Gültigkeit der Doktrin "Kein Anspruch auf Normerlaß"	73
aa)	Die traditionelle staatsrechtliche Vorstellung und ihr Wandel	73
bb)	Die neuere Entwicklungstendenz	75
c)	Zur Übertragbarkeit der Argumentation von der Gesetzgebung des Parlaments auf den Satzungserlaß der Gemeindevertretung	76
aa)	Zur Vergleichbarkeit der normsetzenden Subjekte	77
bb)	Zur Gleichartigkeit rechtsetzender Gestaltungsfreiheiten	79
2.	Zur Argumentation aus § 2 Abs. 7 BBauG	80
3.	Zur Gemeinwohlverpflichtung	82
4.	Zur Planungshoheit der Gemeinde	84

5.	Die Funktionserhaltung des Planungsverfahrens	87
a)	Die Ansicht der Rechtsprechung	87
aa)	Die Ablehnung eines rechtmäßigen Primäranspruchs	87
bb)	Die Verlagerung auf Sekundäransprüche	89
b)	Die Ansichten im Schrifttum	91
c)	Stellungnahme zu den Ansichten	93
aa)	Zusagen vor Abschluß des Beteiligungsverfahrens	94
bb)	Zusagen vor Abschluß des Abwägungsvorganges	96
cc)	Zusagen mit verminderter Bindungswirkung	97
dd)	Zusagen auf der Basis eines "Grundsatzbebauungsplanes"	97
ee)	Die Verlagerung auf den Bereich der Sekundäransprüche	99
d)	Lösungsvorschlag	100
aa)	Zusagen bei unveränderten Planungsverhältnissen	101
bb)	Die Bindungswirkung der Zusagen nach veränderten Planungsverhältnissen	102
cc)	Die Vorzüge für die Gemeinde	103
dd)	Die Vorzüge für den Zusageempfänger	104
6.	Der Inhalt der Zusagen	106
II.	Der Vorbehalt des Gesetzes	107
1.	Die Reichweite des allgemeinen Gesetzesvorbehalts	108
2.	Die Begünstigung des Zusageempfängers	110
3.	Die Belastung subjektiv-öffentliche Rechte der Planungsbetroffenen	111
a)	Das subjektiv-öffentliche Recht auf gerechte Abwägung	111
b)	Das subjektiv-öffentliche Recht auf Beteiligung am Verfahren	113
c)	Zur Belastung der Abwägungs- und Beteiligungsrechte	118

Viertes Kapitel

Die Bindungswirkung rechtmäßiger Zusagen nach Lageveränderungen 119

I.	Die vertragliche Zusage	120
1.	Die Auslegung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG	120
a)	Restriktive Auslegung	122
b)	Extensive Auslegung	123
c)	Fazit	125
2.	Die Konsequenz der starken Bindungswirkung des Vertrages	126

II.	Die einseitige Zusage	127
1.	Die Systemwidrigkeit der clausula-Lehre für einseitige Zusagen	127
2.	Die charakteristische Vorläufigkeit der Zusage	128
3.	Die Anpassungspflicht an Lageveränderungen	129

Fünftes Kapitel

	Die Rechtsfolgen rechtswidriger Zusagen	131
I.	Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als Sanktionsmöglichkeiten	131
1.	Die hergebrachte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	131
2.	Die Aussage des Gesetzmäßigkeitsprinzips	132
II.	Die vertragliche Zusage	135
1.	Die Anwendbarkeit des § 134 BGB auf subordinationsrechtliche Verträge	136
2.	Kriterien zur Annahme eines gesetzlichen Verbots i.S.d. § 134 BGB	139
3.	Die vorbehaltlose Zusage	141
4.	Die inhaltliche rechtswidrige Zusage	142
III.	Die einseitige Zusage	144

Sechstes Kapitel

	Die formellen Voraussetzungen der Zusagen	147
I.	Die Zuständigkeit zur Zusageerteilung	147
1.	Die Kompetenzverteilung innerhalb der Gemeinde	147
2.	Das Verhältnis der Vertretungsmacht zur Geschäftsführungsbefugnis	148
3.	Die Durchbrechung der Abstraktheit der Vertretungsmacht	150
II.	Die Form der Zusageerteilung	152
1.	Die Formvorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze	152
2.	Die Formvorschriften der Gemeindeordnungen	153
III.	Das Verfahren der Zusageerteilung	154
1.	Die Beteiligung der Bürger und Träger öffentlicher Belange	155
a)	Beteiligung als Äquivalent rechtswidrig wirksamer Verpflichtungsakte	157
b)	Beteiligung zur Sicherung von Teilhaberechten	158
2.	Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde	162

a)	Genehmigung zur Sicherung eines behördlichen Mitwirkungsrechts	163
b)	Genehmigung zur Vermeidung einer Erfüllungsunmöglichkeit	164

Siebentes Kapitel

Die prozessuale Durchsetzbarkeit der Zusagen	166
I. Vorfragen des Rechtsschutzes	166
1. Die Rechtsweggarantie	166
2. Das Gewaltenteilungsprinzip	168
II. Rechtsweg und Klageart	172
1. Der Verwaltungsrechtsweg	172
2. Das Verfahren analog § 47 VwGO	174
a) Zur Notwendigkeit einer inter omnes-Wirkung	174
b) Zur Notwendigkeit einer Entscheidungskonzentration	176
c) Die mangelnde Analogiefähigkeit des § 47 VwGO	178
3. Die Verpflichtungsklage	179
4. Die allgemeine Leistungsklage	180
5. Die Feststellungsklage	182
a) Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis	182
b) Die Subsidiaritätsklausel	183
III. Weitere Probleme der Durchsetzbarkeit	185
1. Das Rechtsschutzbedürfnis	185
2. Das Vorgehen gegen die Aufsichtsbehörde	186
3. Der Inhalt der Entscheidung	189
4. Die Vollstreckbarkeit der Entscheidung	190
5. Die Änderung oder Aufhebung des erlassenen Bebauungsplanes	191
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	193
Literaturverzeichnis	196

Abkürzungsverzeichnis

Es werden die von Kirchner (Abkürzungsverzeichnis) vorgeschlagenen, ergänzend folgende Abkürzungen verwendet:

BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGH (N.F.)	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
DAS	Deutsches Atomrechts - Symposium
FAZ	Frankfurter Allgemeine (Zeitung)
FS	Festschrift
GO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg i.d.F. v. 22.12.1975 (GBl. 1976, S. 1)
GO NW	Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen i.d.F. v. 01.10.1979 (GVBl. S. 594)
GS	Gedächtnisschrift
KK	Karteikarte
Lit.	Literatur
SV	Sachverhalt
Tab.	Tabelle
Tbm.	Tatbestandsmerkmal
unveröff.	unveröffentlicht
VA	Verwaltungsakt
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
VGH WB	Verwaltungsgerichtshof Württemberg-Baden
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes v. 25.05.1976 (BGBl. I S. 1253); siehe 2.Kap. V vor 1.
zit.	zitiert

Einleitung

Problemstellung und Gegenstand

"Ein Anspruch auf Aufstellung eines Bebauungsplanes kann ... nicht begründet werden", so urteilt das Bundesverwaltungsgericht¹⁾ in ständiger Rechtsprechung seit 1980. Konsequenterweise hält es daher einseitige und vertragliche Bebauungsplanzusagen ausnahmslos für nichtig. Diese Aussage überrascht angesichts der differenzierten Feststellung des BVerwG²⁾ aus dem Jahre 1974, daß dem Planverfahren vorgeschaltete Zusagen zur Gewährleistung einer sachgerechten und effektiven Planung unerläßlich sein können. "Das alles pauschal als gesetzwidrig abtun zu wollen, ginge an der Realität der Planungsvorgänge vorbei"³⁾. Seitdem hat es in Rechtsprechung⁴⁾ und Literatur⁵⁾ nicht an Versuchen gemangelt, befriedigende Lösungen für die Fälle zu finden, in denen Gemeinden vor oder während des Planaufstellungsverfahrens Zusagen erteilen. Während sich in der Rechtsprechung die Annahme der Nichtigkeit dieser Zusagen durchgesetzt hat⁶⁾, werden in der Literatur nicht nur Fallgestaltungen rechtmäßiger Zusagen⁷⁾, sondern auch deren gerichtliche Durchsetzbarkeit diskutiert⁸⁾. Bei den Gemeinden

- 1) BVerwG, Urt. v. 1.2.1980, NJW 1980, 2538; Urt. v. 29.5.1981, DÖV 1981, 878; Beschl. v. 3.8.1982, NVwZ 1983, 92; ähnlich bereits Urt. v. 11.3.1977, NJW 1977, 1979; vgl. die Darstellung der Rspr. bei Gehrmann, UPR 1982, 82 ff.
- 2) BVerwG, Urt. v. 5.7.1974, BVerwGE 45, 309.
- 3) BVerwGE 45, 309 (317).
- 4) S. die Überlegungen des BGH, Urt. v. 22.11.1979, NJW 1980, 826 (827 f.) und des LG Siegen, Urt. v. 30.6.1981 - 2 b O 593/80 (unveröff.).
- 5) Stettner AöR 102 (1977), S. 544 (574 f.), Birk; NJW 1977, 1997 ff.; Degenhart, BayVBl. 1979, 289 (294 ff.); Plagemann, WM 1979, 794 (796 f.); Dolde, NJW 1979, 889 (890 f.); ders., NJW 1981, 1929 (1930); Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 49 (52 ff.); Gussy, BauR 1981, 164 (167 ff.); vgl. ferner Gelzer, BauR 1975, 145 (148 ff.); Bullinger nach Büchner, DVBl. 1978, 102 (104); Zuck, Recht, B Rn. 24 c; Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 13; Papier, JuS 1981, 498 ff.; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 35. Nicht mehr berücksichtigt werden konnten für die vorliegende Arbeit die Veröffentlichungen von Ingwer Ebsen, Der Bauplanungsgarantievertrag - ein neues Mittel vertraglicher Bindung der Gemeinde bei der Bauleitplanung? JZ 1985, 57 ff. und Karehnke, Die rechtsgeschäftliche Bindung kommunaler Bauleitplanung, Diss. Frankfurt 1983.
- 6) Neben der bereits genannten Rspr. BGH, NJW 1980, 826; HessVGh, Urt. v. 19.5.1978 - IV OE 133/76 (unveröff.); Urt. v. 23.3.1982 - IX OE 53/79 (unveröff.); vorher bereits ebenso HessVGh, Beschl. v. 13.1.1971 - IV TH 2/71 (unveröff.); ESVGH 22, 224; OVG Lüneburg, DVBl. 1976, 178; BayObLG, BayVBl. 1976, 378; OLG München, BayVBl. 1980, 504.
- 7) Degenhart, BayVBl. 1979, 294 ff.; Stettner, AöR 102 (1977), S. 571; vorsichtig für sehr begrenzte Fallgruppen Birk, NJW 1977, 1800; Bullinger nach Büchner, DVBl. 1978, 104; Plagemann, WM 1979, 596 f.
- 8) Birk, NJW 1977, 1800; Degenhart BayVBl. 1979, 295 f.; Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 57 f.; Stettner, AöR 102 (1977), S. 567 f., 572 f.; Westbomke, Anspruch, S. 127 ff. (für einen aus Grundrechten abgeleiteten Anspruch); grundsätzlich zur Klage auf Normerlaß v.

hat sich derweil eine gewisse Unsicherheit¹⁾ breit gemacht, ob und in welchem Umfang Privaten gegenüber Verpflichtungserklärungen über die beabsichtigte Bauleitplanung abgegeben werden dürfen.

Die Problematik der Arbeit wird etwa am Beispiel einer Gemeinde deutlich, in der über einen Bebauungsplan für ein Sanierungsgebiet beraten wird. Hat die Gemeinde nach langem Suchen einen Investor für dieses Sanierungsprojekt gefunden, herrschte häufig Ratlosigkeit darüber, wie man ihn an sich binden kann. Der Investor will sich erst nach einer verbindlichen Zusage der Stadt über die Aufstellung des Bebauungsplanes zur erforderlichen, kostspieligen Durchplanung und Finanzierung des Projekts entschließen. Die Gemeinde, die zur Abgabe einer entsprechenden Verpflichtungserklärung eigentlich bereit ist, hält dem Investor dann die Rechtsprechung des BVerwG zur Nichtigkeit solcher Erklärungen entgegen. Ein befriedigender Ausweg aus dieser "Pattsituation" zwischen Gemeinde und Investor ist bis heute nicht gefunden worden²⁾. Damit ist der Aufgabenbereich der Arbeit umrissen.

Auch in anderer Richtung zeigen sich Folgen der Entscheidung des BVerwG. Seine Rechtsprechung hat zwar nicht bewirkt, daß sich Gemeinden forthin planerischer Verpflichtungserklärungen enthielten. Vielmehr gibt "fast jede Gemeinde in irgendeiner Weise Zusagen gegenüber Privatpersonen oder Unternehmen ..., für einen bestimmten Bereich einen Bebauungsplan mit bestimmtem Inhalt aufzustellen"³⁾. Als Reaktion auf die Rechtsprechung des BVerwG versuchen die Gemeinden aber nunmehr, ihre Zusagepraxis zu verschleiern⁴⁾. Auf Anfragen des Verfassers stritten viele Gemeinden daher durchweg ab, solche Zusagen zu erteilen oder jemals erteilt zu haben⁵⁾. Die Arbeit sei einem Vorgang

Barby, Diss., S.83 ff.; ders., DVBl. 1974, 816 f.; Jank, Diss., S.78 ff.; Merten, DVBl. 1970, 702; Obermayer, 10 Jahre VwGO, S.158 f.; ders., DVBl. 1965, 632; Renck, JuS 1982, 341 ff.; Schenke, Rechtsschutz, S. 332 ff.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 370 ff.

- 1) Ein "hohes Maß an Rechtsunsicherheit" konstatiert Wohnungsbauminister Oscar Schneider nach FAZ vom 23.7.1983, Bonn will ein neues Baugesetzbuch schaffen, S. 9.
- 2) Dolde, NJW 1979, 891; Krebs, VerwArch.72 (1981), S. 59.
- 3) So das Antwortschreiben des Regierungspräsidiums Arnsberg vom 14.3.1983 auf eine Anfrage des Verfassers nach der gemeindlichen Zusagepraxis.
- 4) Regierungspräsidium Arnsberg, ebd.; bezeichnend auch Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S.213 f. ("streng gehütete Vertraulichkeit").
- 5) Vom Verfasser nach ihrer Zusagepraxis befragt, lauteten so die Antwortschreiben der Städte Kassel (vom 7.3.1983), Bremen (vom 11.3.1983), Berlin (vom 16.3.1983), Kiel (vom 24.3.1983), Hamm (vom 25.3.1983), Hamburg (vom 28.3.1983), Freiburg (vom 7.4.1983), Lüdenscheid (vom 13.4.1983), Xanten (vom 14.4.1983). Andere Antworten lauteten lapidar, es seien nie Schwierigkeiten entstanden, "früher gegebene Zusagen während der Aufstellung eines Bebauungsplanes einzulösen", woraus die Existenz von Planungszusagen deutlich wird; so das Antwortschreiben des Märkischen Kreises (vom 5.4.1983), i.d.S. auch die Städte Attendorn (vom 8.3.1983), Hagen (vom 16.3.1983).

gewidmet, "den es eigentlich gar nicht gibt"¹⁾.

Aus der Neigung der Gemeinden, ihre Zusagepraxis im Dunkeln zu belassen, resultieren primär methodische Schwierigkeiten. Da keine empirisch exakten Daten über Abläufe im Bereich der Bebauungsplanzusagen zur Verfügung stehen, kann das Bedürfnis nicht befriedigt werden, anhand einer ausreichend großen Zahl konkreter Fälle den Faktenhintergrund umfassend zu analysieren²⁾. Diese Tatsache kann für die Analyse des Zusageproblems nicht ohne Auswirkung bleiben. Stehen exakte Gesamtdarstellungen für die realen Fallgestaltungen erteilter Zusagen der Gemeinde nicht zur Verfügung, so müssen jene Fallgestaltungen den Faktenhintergrund bilden, die von der Rechtsprechung zutage gebracht wurden und gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegen³⁾. Als methodischer Ausweg bietet sich an, zunächst diese Sachverhalte hinsichtlich der zugrunde liegenden Interessenkonstellation zu untersuchen, bevor eine umfassende rechtliche Analyse versucht wird.

Gegenstand der Arbeit sind einseitige und vertragliche Zusagen⁴⁾ einer Gemeinde gegenüber Bauinteressenten, einen bestimmten Bebauungsplan für ein bestimmtes Planungsgebiet aufzustellen. Nicht behandelt werden Zusagen an Nachbargemeinden oder Behörden sowie Zusagen, die Aufstellung eines Bebauungsplanes zu unterlassen⁵⁾. Die Untersuchung konzentriert sich auf das Problem der primären Leistungspflicht der Gemeinde, also Fragen der Zulässigkeit, Rechtmäßigkeit, Wirksamkeit und Bindungswirkung einseitiger und vertraglicher Zusagen, ihrer Erteilungsvoraussetzungen und prozessualen Durchsetzbarkeit⁶⁾.

-
- 1) Antwortschreiben der Stadt Hemer (vom 29.3.1983) auf Anfrage des Verfassers.
 - 2) Das gleiche Problem beklagt Fiedler (Funktion, S. 97) ganz allgemein im Zusage-recht.
 - 3) Die von der Rspr. zutage geförderten Zusagefälle dürften jedoch nur einen verschwindenden Bruchteil der Zusagepraxis darstellen. Plausibel hierfür erscheint die Erklärung Hoffmann-Riems (VVDStRL 40 (1982), S. 204, 193), wonach unter "ehrbaren Kooperationspartnern" nicht geklagt werde, so daß nur der geringe Teil der "Betriebsunfälle" vor Gericht gebracht werde.
 - 4) Die Unterscheidung Zusage-Zusicherung kommt lediglich terminologische Bedeutung zu; Fiedler, Funktion, S. 2; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 218 m.w.N.; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 14. Verwaltungsaktgerichtete Zusagen nennt § 38 VwVfG nunmehr Zusicherung.
 - 5) Zur Verpflichtung zum Nichterlaß eines Bebauungsplanes VGH BW, BWVPr. 1978, 223 (225); Gusy, BauR 1981, 169 f.; H. Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 58 (unechter Normsetzungsvertrag); Zuck, Recht, B Rn. 44 d.
 - 6) Keine eigenständige Darstellung erfolgt hinsichtlich der sekundären Leistungspflichten der Zusagen und des prozessualen Rechtsschutzes Dritter gegen die Zusagen. Die Untersuchung behandelt das Vertragsrecht nur soweit, wie die vertragliche Verpflichtungserklärung der Gemeinde selbst zur Rede steht.

Erstes Kapitel

Grundlagen

I. Grundzüge des Bauleitplanungsrechts

Die Kompetenz zur städtebaulichen Planung ist den Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 GG und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen¹⁾ garantiert. Darin wird den Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht eingeräumt, also das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Zum essentiellen Kernbereich des kommunalen Selbstverwaltungsrechts²⁾ zählt auch die Planungshoheit³⁾ der Gemeinde.

Unter Planungshoheit wird die Kompetenz verstanden, ohne durchgängige und strikte Bindung an staatliche Vorgaben aufgrund eigenen politisch-administrativen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraums über die bauliche und sonstige Verwendung und Nutzung von Grund und Boden des Gemeindegebietes zu disponieren und die zur Verwirklichung des eigenverantwortlichen, wahrzunehmenden Gestaltungspotentials erforderlichen planerischen Leitlinien ohne imperative, staatliche Beeinflussung zu entwickeln⁴⁾.

1. Städtebauliche Gestaltungsinstrumente der Gemeinde

Zur Realisierung ihrer Planungshoheit verfügt die Gemeinde über die städtebaulichen Gestaltungsinstrumente des Flächennutzungsplanes und des Bebauungsplanes. Aufgabe dieser Bauleitpläne ist es, eine geordnete städtebaulichen Entwicklung und eine dem Wohl der Allgemeinheit entsprechende sozialgerechte Bodennutzung zu gewährleisten und dazu beizutragen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, wie es die "Präambel"⁵⁾ des Bundesbaugesetzes formuliert.

- 1) Art. 50 Abs. 2 Verf. BE, Art. 144 Landesverf. BR, Art. 71 Verf. BW, Art. 83 BV, Art. 137 Verf. HE, Art. 44 Vorl.NdsVerf., Art. 78 Verf. NW, Art. 49 Verf. RP, Art. 122, 123 SVerf., Art. 39 Landessatzung SH.
- 2) Zum Inhalt des Selbstverwaltungsrechts vgl. Schnapp, Ersatzvornahme, S. 14 ff.
- 3) Zur Ableitung der Planungshoheit aus dem Selbstverwaltungsrecht vgl. Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 167 ff.; siehe auch BVerfG, DVBl. 1981, 535 ff.; BVerwGE 31, 274 ff.; 34, 301 (304); 40, 323 ff.; BVerwG, NJW 1976, 2175 f.; Badura, FS Werner Weber, S. 914 ff.; Blümel, VVDStRL 36 (1978), S. 171 (265); Gelzer, BauPIR, Rn. 12 f.; v. Mutius, Gutachten 53. DJT, S. 110 ff.; Wolff, VerwR II, § 86 VII b 3.
- 4) Definition bei Weidemann, Staatsaufsicht, S. 8 m.w.N. Fn. 12.
- 5) Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 237. Ähnlich wird auch von "Generalklausel" gesprochen; so Finkelnburg, ÖffBauR, § 7 III; Reichert/Dürr, BauR, S. 13.

Während der Flächennutzungsplan zunächst nur die allgemeine Vorstellung der Gemeinde zur städtebaulichen Entwicklung für einen längeren Zeitraum ausdrückt, konkretisiert der Bebauungsplan das Ergebnis städtebaulicher Planungstätigkeit durch rechtsverbindliche Festsetzungen für ein Plangebiet. Er verschafft der Planung somit materiell-rechtliche Bindungskraft gegenüber jedermann¹⁾. Damit greifen seine planungsrechtlichen Festsetzungen in die private Eigentumsphäre ein²⁾. Da die Planungshoheit eine in der Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes verwurzelte Kompetenz der Gemeinde im Rahmen der Gesetze darstellt, vollzieht sich die städtebauliche Planung der Gemeinde innerhalb der vom Bundesbaugesetz gegebenen verfahrensmäßigen und inhaltlichen Schranken³⁾.

2. Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG

Eigentliches Betätigungsfeld gemeindlicher Planungshoheit ist die Abwägung⁴⁾. § 1 Abs. 7 BBauG formuliert daher das Gebot, bei der Aufstellung des Bebauungsplanes die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen. Da das Abwägen von Belangen Wesensbestandteil der Planung ist, gilt das Gebot gerechter Abwägung auch unabhängig von einer gesetzlichen Positivierung allgemein für jede rechtsstaatliche Planung⁵⁾. Das Abwägungsgebot bezieht sich auf den Abwägungsvorgang (Planen als Vorgang) und das Abwägungsergebnis (Planen als Produkt des Abwägungsvorgangs)⁶⁾.

Der Abwägungsvorgang selbst vollzieht sich in drei Phasen⁷⁾:

- a) Indem das Bundesbaugesetz vorschreibt, welche Belange bei der Bauleitplanung zu berücksichtigen sind, verpflichtet es die Gemeinde, zu Beginn der Planung alle abwägungserheblichen Umstände vollständig zu ermitteln und festzustellen. Diese Zusammenstellung des Abwägungsmaterials⁸⁾ erfolgt in zwei Schritten:
 - die Abgrenzung der Gesichtspunkte, die im konkreten Fall erforderlich sind, und

1) Hoppe, ebd., Rn. 241.

2) Ebd., Rn. 159.

3) Klaus Meyer, Staatsbürger II, S. 232 ff.

4) Hoppe, BauR 1970, 15; Papier, DVBl. 1975, 461; ders., NJW 1977, 1714; Weyreuther, BauR 1977, 293.

5) Für verschiedene Planbereiche BVerwG, DÖV 1970, 64; BVerwGE 34, 301; 41, 67; 45, 309; 47, 144; 48, 56 (63); in Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.1.

6) Ständige Rspr. des BVerwG, BVerwGE 41, 67 (71); 45, 309 ff.; BauR 1974, 181 ff.

7) Dazu grundlegend BVerwGE 45, 309 ff.; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 284 ff.; ders., VVDStRL 38 (1980), S. 264 f.; ders., FS BVerwG, S. 302; ders., DVBl. 1977, 136 ff; Weyreuther, BauR 1977, 293 (299).

8) BVerwGE 48, 56 (64); "Informationsgewinnung" nach Hoppe, DVBl. 1977, 141 ff.; vgl. auch ders., ÖffBauBoR, Rn. 285; Weyreuther, UPR 1981, 35 f.

- die Entscheidung darüber, welche konkreten Umstände unter die Begriffe subsumiert werden können¹⁾.
- b) Nachfolgend sind die ermittelten planungserheblichen Belange zu gewichten, d.h. die Bedeutung der Belange und die Konsequenzen ihrer Bevorzugung gegenüber anderen Belangen sind zu bestimmen²⁾.
- c) Die so gewichteten Belange sind gegeneinander und untereinander abzuwägen; harmonisierende und gegenläufige Belange sind auszugleichen³⁾. Hierin liegt die "elementare planerische Entscheidung" der Gemeinde, in der sie darüber befindet, in welcher Weise sie sich städtebaulich geordnet fortentwickeln will⁴⁾.

3. Abwägungsfehler und ihre Rechtsfolgen

Das Gebot gerechter Abwägung nach § 1 Abs. 7 BBauG ist nur dann verletzt, wenn

- a) eine Abwägung überhaupt nicht stattfindet (Abwägungsausfall),
- b) in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muß (Abwägungsdefizit),
- c) die Bedeutung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange verkannt wird (Abwägungsfehleinschätzung) oder
- d) der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verständnis steht (Abwägungsdisproportionalität⁵⁾).

Innerhalb dieses Rahmens wird das Abwägungsgebot nicht verletzt, wenn sich die Gemeinde bei der Kollision zwischen den unterschiedlichen Belangen für die Bevorzugung des einen unter Zurückstellung des anderen Belangs entscheidet.

Bebauungspläne, die gegen das Abwägungsgebot verstoßen, sind nichtig. Typische Fälle eines Abwägungsfehlers beim Abwägungsvorgang sind sogenannte "selbstbindende Vorwegentscheidungen", die im Vorfeld einer bestimmten Planung getroffen werden und die nachfolgende Planung in eine ganz bestimmte Richtung beeinflussen. Diese Vorwegentscheidungen können zu einer sachlichen Verkürzung des Abwägungsvorganges (Abwägungsdefizit) führen, die eine Verletzung des Abwägungsgebots und somit die Nichtigkeit des Bebauungsplanes zur Folge haben.

1) Hoppe, DVBl. 1974, 641 ff.; ders., DVBl. 1977, 136 ff.

2) Dazu Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 286 (Bewertungsvorgang).

3) Ebd., Rn. 287 (Eigentlicher Abwägungsvorgang).

4) Grundlegend BVerwGE 34, 301 (309); a.A. neuerdings Rubel, Planungsermessen, S. 65 ff.

5) Unterscheidung der Verletzungstatbestände des Abwägungsgebots durch BVerwGE 34, 301 (309); vgl. auch BVerwGE 45, 309 (314 f.). Die Bezeichnung erfolgte durch Hoppe, BauR 1970, 15; vgl. ferner dens., ÖffBauBoR, Rn. 290 - 293; Gelzer, BauPIR, Rn. 43-45; Weyreuther, BauR 1977, 300; sowie BVerwG, NJW 1979, 67; BGH, DVBl. 1976, 776.

4. Der Ausgleich eines Abwägungsdefizits

Nicht alle Entscheidungen können jedoch bis zur abschließenden Abwägung zurückgestellt werden. Dem Planverfahren vorgeschaltete Zusagen können vielmehr geradezu unerlässlich sein, um überhaupt sachgerecht planen und eine angemessene Realisierung der Planung gewährleisten zu können¹⁾. Der Abwägungsvorgang ist dann nicht fehlerhaft, wenn die Gemeinde trotz vorgegebener Bindung noch frei entscheiden kann, selbst wenn sie dabei (in sachgerechter Abwägung des "Für" und "Wider") zu einem Ergebnis gelangt, das inhaltlich mit der Bindung übereinstimmt²⁾. Ist eine Abwägung aufgrund der Vorentscheidung nicht mehr möglich, so liegt eine Verletzung des Gebots gerechter Abwägung vor, deren Mangelhaftigkeit nur dann rechtlich unschädlich ist, wenn das Abwägungsdefizit aus besonderen Gründen als ausgeglichen angesehen werden kann. "Ein solcher Ausgleich ist möglich und muß möglich sein"³⁾.

Den Ausgleich hat das BVerwG in seinem Urteil vom 5. Juli 1974 (Flachglasurteil) unter drei kumulativen Voraussetzungen für zulässig erachtet⁴⁾:

- a) Die Vorwegnahme der Entscheidung muß auch unter dem Gesichtspunkt des dadurch belasteten Anregungsverfahrens sachlich gerechtfertigt sein (Sachnotwendigkeit der Entscheidungsvorwegnahme).
- b) Die planungsrechtliche Zulässigkeit muß bei der Vorwegnahme gewahrt bleiben, d.h., es muß, soweit die Planung dem Gemeinderat obliegt, dessen Mitwirkung an der Vorentscheidung in einer Weise gesichert werden, die es gestattet, die Vorentscheidung dem Rat zuzurechnen (Zurechenbarkeit der vorweggenommenen Entscheidung).
- c) Die vorgezogene Entscheidung darf - auch unter Beachtung ihrer planerischen Auswirkung - nicht inhaltlich zu beanstanden sein (fehlerfreie Abgewogenheit der vorweggenommenen Entscheidung). Es muß insbesondere im Rahmen der Vorentscheidung eine dem § 1 Abs. 7 BBauG angemessene Abwägung dessen stattfinden, was sich zur Zeit der Vorentscheidung an von ihr betroffenen Belangen absehen läßt (Beachtung des Abwägungsgebots bei der Vorentscheidung)⁵⁾.

1) BVerwGE 45, 309 (317).

2) BVerwGE 45, 309 (320).

3) BVerwGE 45, 309 (320).

4) BVerwGE 45, 309 (321).

5) Diese Grundsätze haben weitgehend Anerkennung gefunden. Vgl. BGH, NJW 1976, 1745 (1746); VGH BW, BauR 1977, 184 (187); Dolde, NJW 1979, 890 f.; Finkelnburg, ÖffBauR, § 8 IV 2; Gaentzsch, ÖffBauR, S. 38 f.; Kauther, BauPIR, S. 39; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 290; Reichert/Dürr, BauR, S. 17; Schlichter, BBauG, § 1 Rn. 24; Zuck, Recht, B Rn. 22.

5. Die Heilung eines Abwägungsdefizits

Selbst wenn die Vorabentscheidung diese Voraussetzungen nicht erfüllt, führt dies nicht zwingend zur Nichtigkeit des Bebauungsplanes, da auch ein auf unzulässiger Vorwegnahme der Entscheidung beruhender Abwägungsfehler geheilt werden kann. An das Verfahren einer Heilung stellt das OVG Münster im Urteil vom 25. November 1976¹⁾ hohe Anforderungen:

- a) Die Gemeinde muß die Fehlerhaftigkeit ihrer Planung gerade wegen der unzulässigen Vorwegnahme erkannt haben.
- b) Daraufhin muß sie in einen neuen Entscheidungsprozeß eingetreten sein, in dem sie sich nicht mehr an die Vorentscheidung gebunden gefühlt hat, sondern eine davon unbeeinflusste, gerechte Abwägung vorgenommen hat²⁾.
- c) Diese Entscheidung selbst muß hinsichtlich des Abwägungsvorgangs und -ergebnisses dem Abwägungsgebot genügen.

Trotz unzulässiger vorweggenommener Entscheidung ist daher unter diesen Anforderungen eine Planung möglich, die rechtsstaatlichen Erfordernissen gerecht wird³⁾.

Damit ist das Problem möglicher Unwirksamkeit von Bebauungsplänen infolge Vorabentscheidungen durch einseitige oder vertragliche Zusagen dargestellt, das Voraussetzung zum Verständnis der Untersuchung ist. Selbst wenn die rechtlichen Fragestellungen differieren können, handelt es sich doch um die gleichen tatsächlichen Fallgestaltungen, die den Wirklichkeitshintergrund bilden sowohl für die Frage der Wirksamkeit eines Planes nach Zusageerteilung, als auch der Frage der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Zusagen selbst.

1) BauR 1977, 100 (102).

2) Ähnlich BVerwG, NJW 1975, 841 (843). Danach liegt kein Abwägungsdefizit vor, wenn sich die zuständige Stelle unabhängig von der vorgegebenen Bindung frei für die Planung entschieden hat und zu einem Ergebnis gelangt ist, das inhaltlich mit der Bindung übereinstimmt, wenn sich die Bindung auf den Abwägungsvorgang in Wahrheit nicht verkürzend ausgewirkt hat.

3) Zustimmung Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 290; Plagemann, WM 1979, 797; vorher bereits ähnlich Dolde, NJW 1976, 1057.

II. Analyse der Interessenlagen und -konflikte

1. Die Ausgangsfälle

Ausgangsfall A¹⁾: Die Abwälzung von Erschließungs- und Folgekosten

Gemeinde A will Wohnsiedlungsflächen bereitstellen, um den gesteigerten Wohnflächenbedarf zu befriedigen²⁾ und der weiteren Abwanderung der Bevölkerung entgegenzuwirken³⁾. Zur Finanzierung der Erschließungs- und Folgekosten eines Wohngebietes sieht sie sich jedoch nicht in der Lage. Ein von der Gemeinde für das Bauvorhaben gefundener Investor verpflichtet sich,

- die zur Erschließung benötigte Verkehrs- und Grundfläche für ein Schulzentrum und andere Einrichtungen kostenlos und lastenfrei an die Gemeinde zu übereignen,
- die Versorgung sicherzustellen und
- einen bestimmten Geldbetrag für die Folgelasten der von ihm geplanten Wohnanlagen zu zahlen⁴⁾.

Im Gegenzug sagt die Gemeinde zu, einen Bebauungsplan für das Gelände aufzustellen. Daraufhin erwirbt der Investor die für die Wohnsiedlung vorgesehene Fläche, macht sie unter erheblichen Kosten baureif und zahlt den vereinbarten Betrag an die Gemeinde. Als die Gemeindevertretung feststellt, daß sie den Siedlungsdruck falsch eingeschätzt hat, beschließt sie, die Aufstellung des Bebauungsplanes nicht weiter zu verfolgen. Der

- 1) Ausgangsfall A faßt die wesentlichen Gemeinsamkeiten der Sachverhalte zusammen, die folgenden Entscheidungen zugrundeliegen: BGH, NJW 1978, 1802; VGH BW, BRS 32 Nr.3; BayObLG, BayVBl. 1976, 378; ähnlich der Sachverhalt bei BVerwG, NJW 1973, 1895; BGH, WM 1976, 453; HessVGH, Urt. v. 23.3.1982 - IX OE 53/79 (unveröff.).
- 2) Der gesteigerte Wohnflächenbedarf erklärt sich aus dem Anstieg der Zahl Wohnraumsuchender, der ein Rückgang des Angebots aus dem Neubau gegenübersteht. Zur neuen Wohnraumnot vgl. Winemöller, Städte und Gemeindebund 1982, 325 f.; ferner Kleine Anfrage zur Wohnungsmarktlage in Großstädten, BT-Drs. 9/250; die Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 9/341 sowie der Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bereitstellung von Bauland, BT-Drs. 9/746, S. 1, 12.
- 3) Die Abwanderung erfolgte in den sechziger Jahren aus den Stadtkernen und aus den ländlichen Gebieten in die Stadtränder, in den siebziger Jahren in das weitere Umland; dazu ausführlich mit Daten zum exakten Bevölkerungsverlust der Städte Schimanke, DÖV 1983, 704 ff.; vgl. auch Hasbach, Grenzen, S. 65 mit Beispiel der Stadt Flensburg, deren Bevölkerungszahl mit einer Rate von 1,5% pro Jahr abnimmt.
- 4) Beispiele solcher Geldleistungen: BGH, NJW 1975, 1019 (1,00 DM pro qm Grundfläche); BayObLG, BayVBl. 1976, 378 (9,00 DM pro qm umbauten Raums); BGH, NJW 1978, 1802 (425.000,00 DM); BVerwGE 42,331 (1500,00 DM pro Wohneinheit); OVG Lüneburg, OVG 29, 472 (3000,00 DM pro Bauvorhaben); VG Oldenburg, DVBl. 1976, 404 (1000,00 bis 1500,00 DM pro Wohnung); weitere Beispiele: 24 Nachfolgekostenvereinbarungen bei Dittrich, Erschließungsverträge, Tab.9, S. 156 ff.

Bebauungsplan kommt daher nicht zustande.

Ausgangsfall B¹⁾: Die Industrie- und Gewerbeansiedlung

Gemeinde B mit krisenanfälliger Wirtschaftsstruktur möchte den Belastungen der Arbeitsplatzsicherung Rechnung tragen²⁾. Als ein Großunternehmen einen Standort zur Errichtung einer Betriebsniederlassung sucht, gelingt es B im Konkurrenzkampf gegen andere Gemeinden³⁾, das Unternehmen für eine Ansiedlung⁴⁾ in B zu gewinnen⁵⁾. Ein von dem Unternehmen erwerbbares Gelände ist im Bebauungsplan als Grünfläche ausgewiesen⁶⁾. Nach umfangreichen Besprechungen über die Ansiedlung sagt die Gemeinde zu, den Bebauungsplan dahin zu ändern, daß Industriegebiet für das entsprechende Grundstück ausgewiesen wird. Daraufhin erwirbt das Unternehmen den Baugrund. Planangrenzende Nachbarn haben wegen der befürchteten Emissionen Bedenken gegen die Industrieansiedlung und die entsprechenden Ausweisungen des Bebauungsplanes. Der von der Gemeinde dennoch geänderte Bebauungsplan wird im Normenkontrollverfahren eines Nachbarn wegen eines Abwägungsdefizits für unwirksam erklärt⁷⁾.

- 1) Ausgangsfall B enthält die wesentlichen Gemeinsamkeiten der Sachverhalte : Flachglasfall: BVerwGE 45, 309 und OVG Münster, DVBl. 1972, 687 und VG Gelsenkirchen, DVBl. 1971, 832 (hier Darstellung des SV); BVerwG, DVBl. 1977, 897 und BayVGh, BayVBl. 1975, 665 (mit SV, der beiden Entscheidungen zugrunde lag); LG Siegen, Urt. v. 30.6.1981 - 2 b O 593/80 (unveröff.).
- 2) vgl. Sandler, WiR 1972, 454.
- 3) Zum Wettbewerb um Ansiedlungskandidaten vgl. Grentschmann, Staat und Gemeinden, S. 73.
- 4) Ebenso kann es um die Umsiedlung eines bereits in der Gemeinde ansässigen Betriebs gehen, weil dieser an seinem bisherigen Standort entweder nicht weiter ausbaufähig ist oder durch Emissionen (Lärm oder Geruch) stört, ohne daß dies auf andere Weise als durch Standortwechsel zu vermeiden ist.
- 5) Neben das Interesse, Arbeitsplätze auf Dauer zu sichern, treten damit wirtschaftslenkende und finanzielle Interessen der Gemeinden. Ein häufiges Motiv der Gemeinde, Industrie- und Gewerbeunternehmen anzusiedeln, liegt darin, ihre Einnahmen in Form der Gewerbeertragssteuern und der Gewerbesteuer zu erhöhen (HessVGh, ESVGH 29, 136; Maiwald, BayVBl. 1977, 450). Seit der Erhöhung der Freibeträge unterliegen jedoch nur noch 36 % statt vormals 50 % der Gewerbebetriebe dieser Steuerpflicht, womit die Finanzkraft der Gemeinden an das wirtschaftliche Wohlergehen einiger Großunternehmen geknüpft ist; Grentschmann, Staat und Gemeinden, S. 65.
- 6) Anders als hier mußte im Flachglasfall (BVerwGE 45, 309) zunächst der Gebietsentwicklungsplan und der Flächennutzungsplan geändert werden.
- 7) Hierher gehören auch die Fälle, in denen es um den Wettbewerb von Gemeinden geht, als Standort für ein Prestigeobjekt gewählt zu werden. Obwohl auch dabei wirtschaftliche Gesichtspunkte eine wichtige Rolle spielen können, geht es der Gemeinde auch um den Prestigegewinn durch die Ansiedlung des Objekts.
Beispiele: Europäisches Patentamt in München (vgl. BayVGh, BayVBl. 1974, 530), Universität in Flensburg (dazu Hasbach, trans-

Ausgangsfall C¹⁾: Die Gestaltungsabrede

Um die Attraktivität ihrer Innenstadt zu erhöhen und um die Infrastruktur zu verbessern, plant Gemeinde C als Kernstück ihrer Sanierungsmaßnahmen für den Mittelpunkt des Plangebietes die Errichtung eines Kaufhauses mit ca. 7.000 qm Verkaufsfläche. Außerhalb des Planverfahrens führt C Verhandlungen mit einer überregionalen Kaufhausgesellschaft, die ein entsprechendes Kaufhaus in C errichten möchte. Diese erklärt sich bereit, das Kaufhaus der Planungskonzeption der Gemeinde anzupassen, insbesondere bestimmte Trauf- und Firsthöhen nicht zu überschreiten. Im Gegenzug erklärt sich die Gemeinde bereit, bestimmte, für die Gesellschaft günstige Ausweisungen in dem Bebauungsplan vorzunehmen.

Bei der Erstellung des Planes berücksichtigt die Gemeinde nicht die Bedenken des Trägers der Regionalplanung, ein Verbrauchermarkt in dieser Größe sei im Regionalplan nicht vorgesehen²⁾. Infolge versagter Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde bleibt eine wirksame Planaufstellung aus.

Ausgangsfall D³⁾: Die Grundstücksveräußerung

Um ihre leere Gemeindekasse aufzufüllen, veräußert Gemeinde D ein gemeindeeigenes, landwirtschaftlich genutztes Grundstück als zukünftiges Bauland an einen Bauinteressenten. Um einen höheren Kaufpreis als sonst üblich zu erzielen, sagt die Gemeinde dem Käufer die Erstellung eines Bebauungsplanes für das Grundstück zu. Eine entsprechende Verpflichtung wird in den Kaufvertrag aufgenommen, von der Gemeinde jedoch nicht erfüllt⁴⁾.

Ausgangsfall D ist nicht selten mit den Fällen A-C verbunden, wobei die Gemeinde die Wohnbaugesellschaft oder das interessierte Unternehmen

fer 4, S.60), Ausrichtung der Olympischen Spiele in München (vgl. Gelzer, BauR 1975, 149), Errichtung eines Großflugplatzes (siehe Streit zwischen Hamburg und Frankfurt um den Flughafen ausbau).

- 1) Ausgangsfall C entspricht im Wesentlichen dem SV der Entscheidung VGH BW, BWVPr. 1978, 223. Weitere Beispiele hinsichtlich Einkaufszentren und Verbrauchermärkte VGH BW, NJW 1977, 1465; BGH, NJW 1976, 1745 = BGHZ 66, 322; andere Fälle bei Zuck, Recht, B Rn. 23, Fn. 9.
- 2) So im Fall VGH BW, NJW 1977, 1465. Bei VGH BW, BWVPr. 1978, 223 ging es zusätzlich um Bedenken eines Konkurrenten der Kaufhausgesellschaft gegen eine unechte Planungszusage.
- 3) Ausgangsfall D ist entnommen dem SV in BGH, NJW 1980, 826; VGH BW, NJW 1977, 1465; ähnlich auch BayVGH, BayVBl. 1980, 292; VGH BW, DVBl. 1981, 265; vgl. ferner Püttner, AfK 1966, 113 ff.; Bielenberg, DVBl. 1967, 261.
- 4) Eine Variante zum Ausgangsfall D ist der Tausch zweier Grundstücke zwischen der Gemeinde und einem Gemeindebürger. Ein Motiv der Gemeinde für diesen Tausch kann es sein, ein geeignetes Grundstück für ein Verwaltungsgebäude zu erwerben. Diesen Ausgangsfall behandelt BVerwG, NJW 1980, 2538 = BauR 1980, 333; OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 178; VG Schleswig, Urt.v. 22.3.1972 - 8 A 171/71 (unveröff.); ferner HessVGH, Urt.v. 19.5.1978 - IV OE 133/76 (unveröff.).

durch den günstigen Erwerb des Grundstücks zusätzlich motivieren will¹⁾.

Den Ausgangsfällen A-D ist gemeinsam, daß es jeweils der Aufstellung eines Bebauungsplanes oder der Änderung eines bestehenden Planes bedarf, da das Bauvorhaben andernfalls nach §§ 30 ff. BBauG planungsrechtlich unzulässig wäre:

Das Vorhaben kann zum einen im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplanes liegen, ohne dessen Festsetzungen zu entsprechen. Sofern die Genehmigungsfähigkeit auch durch eine Ausnahme oder Befreiung nach § 31 BBauG nicht hergestellt werden kann²⁾, bleibt nur die Möglichkeit einer Änderung des Planes. Ebenso gut kann das Vorhaben außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplanes liegen. Im Innenbereich (§ 34 BBauG) fügen sich insbesondere Industrie- und Gewerbeobjekte wegen möglicher Emissionen häufig nicht in die Eigenart der näheren Umgebung ein. Diese Umweltgesichtspunkte bewegen Unternehmer daher zunehmend zum Bauen im Außenbereich. Bei Großbauprojekten sowohl des Industrie- als auch des Wohnungsbaues stellen Lage- und Preisvorteile der Grundstücke im Außenbereich einer Gemeinde zusätzliche Anreize für Investoren dar. Da diese Vorhaben jedoch in aller Regel keine Privilegierung nach § 35 Abs. 2 BBauG genießen, und öffentliche Belange nach § 35 Abs. 1, 3 BBauG häufig entgegensehen, kann ihre planungsrechtliche Zulässigkeit regelmäßig nur durch die Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes ermöglicht werden.

In den dargestellten Ausgangsfällen hat die Gemeinde die Erstellung eines Planes zwar zugesagt, die Erfüllung ist jedoch jeweils ausgeblieben. Daß ein rechtsgültiger Bebauungsplan nicht zustande kam, kann viele Ursachen haben. Die Planungskonzeption der Gemeinde kann sich im Zuge fortschreitender Konkretisierung der Planung geändert haben. Auch bei gleichbleibender Planungsvorstellung kann das Inkrafttreten eines wirksamen Bebauungsplanes aus anderen Gründen unterbleiben. Die Aufsichtsbehörde kann ihre Genehmigung versagen, oder das OVG (der VGH) kann die Unwirksamkeit des Planes im Wege des Normenkontrollverfahrens feststellen. Als Ursache hierfür kommen eine Vielzahl von Form- und Verfahrensfehler in Betracht, insbesondere jedoch eine defizitäre Abwägung der Planungsbelange.

Diese ersten Feststellungen von Gemeinsamkeiten der dargestellten Situationen müssen jedoch vordergründig bleiben. Angesichts der vielschichtigen Interessen der am Planaufstellungsverfahren Beteiligten, kann erst eine exakte Analyse der zugrundeliegenden Interessenlagen und -konflikte die Grundlage für eine sachgerechte Lösung der Problematik darstellen.

1) Koppelung der Ausgangsfälle A und D in BGH, NJW 1980, 826 = BGHZ 76, 16; Koppelung der Ausgangsfälle B und D in VGH BW, NJW 1977, 1465.

2) Die Möglichkeit einer Befreiung untersucht BVerwG, NJW 1980, 2538 (2539).

2. Die Interessen der Gemeinde

Erscheint die Erteilung einer Zusage auf den ersten Blick ausschließlich im Interesse des Zusageempfängers zu liegen, so stellt sich bei näherer Untersuchung heraus, daß sie ebenso geeignet sein kann, den Interessen der Gemeinde zu dienen.

a) Die Planungskooperation

Überdimensionale Preissteigerungen bei Grund und Boden in den Ballungszentren treiben Wohnbauunternehmen wie Industriebetriebe immer mehr in die Randgebiete¹⁾. Diese Interessenten sind daher häufig gezwungen, ihre Vorhaben gerade in solchen Gemeinden durchzuführen, die ihrer Struktur nach für Großbauprojekte wenig geeignet sind. Zusätzliche Motive für die Industrieansiedlung auf dem Lande können dabei die günstige Verkehrslage und die geringere Zahl durch Emissionen belastigter Anwohner sein. Häufig hat die Ansiedlung eines Industriebetriebes dann auch Großvorhaben des Wohnungsbaus zur Folge²⁾.

Beabsichtigt die Gemeinde, zur Realisierung eines solchen Großbauprojekts einen Bebauungsplan aufzustellen, stößt ihre planerische Gestaltungsfreiheit nicht selten an unübersteigbare Schranken. Gerade umfangreiche und komplizierte Planaufstellungsverfahren erfordern ein besonderes Maß an personellem und technischem Planungspotential, über das kleine Gemeinden regelmäßig nicht verfügen³⁾. Angesichts der technischen Schwierigkeiten und der hohen Kosten einer Planaufstellung ist die Leistungsgrenze vieler Gemeinden relativ früh erreicht⁴⁾.

Will die Gemeinde diesen Widrigkeiten zum Trotz ihrer Planungspflicht (§ 1 Abs. 3 BBauG) nachkommen, so ist sie daran interessiert, sich der finanziellen, organisatorischen und technischen Fähigkeit ("know how") eines leistungsstarken Investors zu bedienen⁵⁾. Da viele Wohnungsbau- und größere Industrieunternehmen eigene Planungsabteilungen unterhalten⁶⁾, sollen durch sie oder private Planer Planungsentwürfe erstellt werden. Die Ergebnisse der Planung sollen sodann der Gemeinde überlassen werden, ohne diese mit den sonst unvermeidbaren Planungskosten

1) Glanegger, Diss., S. 2 f.

2) Rebhan, Diss., S. 84.

3) Gemeinden bis 4.000 Einwohner sind zur Planaufstellung mit eigenem Fachpersonal regelmäßig nicht in der Lage. Sie sind auf freiberuflich tätige Berater angewiesen, deren Fähigkeiten sie sich bedienen müssen; so Neumann, Beratende Ingenieure 1983, 28.

4) Zur Überforderung der Gemeinden etwa auf dem Gebiet des Umweltschutzes Hoppe, VVDStRL 38 (1980), 224 f. m.w.N. Fn. 29.

5) Degenhart, BayVBl. 1979, 289.

Zum "know how" der Bauträgers ist auch die politische Einflußnahme zu zählen, deren Praxis gerade in jüngster Zeit in die Schußlinie der Kritik geraten ist.

6) Rebhan, Diss., S. 85.

zu belasten¹⁾. Die Knappheit öffentlicher Mittel und das Fehlen ausreichender Planungsmöglichkeiten können es also erforderlich machen, Mittel, Möglichkeiten, Sachverstand und Erwerbsinteresse der Bauwilligen bereits im frühen Planaufstellungsverfahren nutzbar zu machen, um kooperativ die öffentlichen Planungsverpflichtung zu bewältigen²⁾.

Ein weiterer Aspekt ergibt sich aus dem Faktor "Zeit", durch den Planung bereits aus der Natur der Sache bestimmt ist³⁾. Angefangen von den ersten konzeptionellen Vorüberlegungen, über die Aufstellung von Zielkriterien, die erste Ausformulierung von Planentwürfen, die Stellungnahme der Träger öffentlicher Belange bis hin zur Bürgerbeteiligung und den häufig damit verbundenen Auseinandersetzungen, vergehen durchschnittlich 3 bis 3 1/2 Jahre bis zum Inkrafttreten eines Bebauungsplanes⁴⁾. Für Konfliktgebiete ist eine Planungsdauer von 5-8 Jahren nicht ungewöhnlich⁵⁾.

Da sich die ökonomischen und demographischen Prämissen und die aus der gesellschaftspolitischen Grundeinstellung resultierende Städtebaulogik schnell wandeln, droht langlaufenden Planverfahren aber ein Kreislauf in den Akten ohne Chance auf Realisierung⁶⁾. Planverfahren müssen daher - wollen sie effektiv und realisierbar bleiben - schnell durchgeführt werden⁷⁾. Damit werden nicht nur die Forderungen der Gemeinden verständlich, der Gesetzgeber möge das planungsrechtliche Verfahren vereinfachen und beschleunigen⁸⁾, sondern auch deren Interesse, sich durch eine effektive und zeitsparende Kooperation einen Zeitgewinn zu verschaffen.

Zur Verminderung zeitlicher und finanzieller Nachteile und wegen des personellen Aufwands für die Erstellung der Planung sind daher insbesondere kleinere Gemeinden bereits im frühen Aufstellungsverfahren an

1) So bei BGH, NJW 1978, 1802; BayObLG, BayVBl. 1976, 378; vgl. auch Luhmann, BayVBl. 1974, 456.

2) Schimpf, Vertrag, S. 18.

Typisches Beispiel einer kooperativen Aufgabenbewältigung ist das Einschalten eines Sarnierungsträgers für die Planaufstellung und -durchführung bei städtebaulicher Sanierung nach §§ 33 ff. StBauFG; Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 196.

3) Hans Peter Ipsen, Planung II, S. 79 m.w.N. Fn. 47.

4) Schäfer/Schmidt-Eichstaedt, DVBl. 1984, 589; dies., Forschungsbericht 34, hrsg. von Franz Schuster, S. 97.

5) So das Ergebnis des Forschungsberichts der GEWOS, Planungsrecht in Gemengelagen, S. 78.

6) Hasbach, transfer 4, S. 67.

7) Insbesondere sind Planungsverzögerungen auszuschalten, die durch Planungsfehler entstehen, so daß das Planaufstellungsverfahren ganz oder zum Teil wiederholt werden muß. Eine fehlerlose Planung trägt demgegenüber dazu bei, den personellen, zeitlichen und finanziellen Aufwand einer erneuten Verfahrensdurchführung zu vermeiden. Hoffmann-Riem VVDStRL 40 (1981), S. 201.

8) Um dieser seit Jahren gleichbleibend erhobenen Forderung nachzukommen, soll im Gesetzesvorschlag eines Baugesetzbuches das planungsrechtliche Verfahren vereinfacht und beschleunigt werden; vgl. Schneider, DVBl. 1984, 578 f.

einem "Planungsverbund"¹⁾ mit einem Planungspartner interessiert²⁾.

b) Die Finanzierungs Kooperation

Im sozialen Rechtsstaat ist es mit der Aufstellung von Bebauungsplänen nicht getan. Baumaßnahmen sind undenkbar ohne das Sicherstellen der Grundstückerschließung sowie das rechtzeitige Bereitstellen notwendiger kommunaler Einrichtungen. Für die Gemeinden entsteht somit die Aufgabe, die Nutzung der Grundstücke durch Erstellen der Erschließungsanlagen zu ermöglichen³⁾ und die erforderlichen Einrichtungen des Gemeinbedarfs zu schaffen⁴⁾.

Um den Belangen des Bildungswesens gerecht zu werden⁵⁾, bedarf es der Einrichtung oder Erweiterung von Schulen und Kulturzentren. Um die Belange von Sport, Freizeit und Erholung der Bewohner zu befriedigen⁶⁾, müssen Frei- und Hallenbäder, Spiel- und Sportplätze geschaffen werden. Erforderlich sein kann ferner die Bereitstellung von Verwaltungsgebäuden z.B. eines Rathauses, Konzert- und Versammlungs-sälen, Krankenhäusern und Notfallstationen, Kindergärten, Waisen- und Altersheimen, Bestattungseinrichtungen (Friedhöfen und Krematorien), Mülldeponien und -verbrennungsanlagen, Markthallen, Schlacht- und Viehhöfen und weiterer erforderlicher Verkehrs- und Erschließungsanlagen, die nicht erschließungsbeitragsfähig sind⁷⁾.

Aufgrund der zugenommenen Ansprüche auf sozialstaatliche Aktivität⁸⁾ hat sich der Bedarf solcher kommunaler Folgeeinrichtungen rapi-

- 1) Erstmals Redeker, JZ 1968, 542; vgl. ferner Degenhart, AöR 103 (1978), S. 202; ders., BayVBl. 1979, 294; Gussy, BauR 1981, 165 (Fn. 14); Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 196, 198, 201; Plagemann, WM 1979, 796; i.d.S. auch Stettner, AöR 102 (1977), S. 544 ff.
- 2) Die Gefahr dieser Kooperation liegt für die Gemeinde darin, daß die Planung faktisch in die Hände eines finanzstarken Investors fallen kann. Werden von ihm etwa Planentwürfe erstellt, so gewinnt er einen faktischen Vorsprung, der es der Gemeinde infolge mangelhafter Kenntnis der planerischen Daten erschweren kann, auf die Planung Einfluß zu nehmen; dazu Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 196; anschauliches Beispiel hierfür auch bei Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 292 Fn. 141.
- 3) Vgl. § 123 Abs. 1 und 2 BBauG.
- 4) Zur Bereitstellungspflicht der Einrichtungen des Gemeinbedarfs Asam, BayVBl. 1967, 186; Degmair, KStZ 1965, 169 ff.; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 201 f.; Plagemann, WM 1979, 794; Simon, BayVBl. 1974, 145; Stettner, AöR 102 (1977), S. 548. Zur Bedarfsplanung von Infrastruktureinrichtungen Städtebaubericht 1975, BT-Drs. 7/3583, S. 40 ff., 44 ff.
- 5) Vgl. § 1 Abs. 6 S. 2 BBauG.
- 6) Ebd.
- 7) Vgl. die Darstellung möglicher kommunaler Folgeeinrichtungen und -anlagen bei Knobloch, Diss., S. 16 f.; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 50; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 202; Plagemann, WM 1979, 794; Stettner, AöR 102 (1977), S. 549; Zschoch, Diss., S. 103; Zuck, Recht, B Rn. 21.
- 8) Vgl. BVerfGE 1, 97 (105); Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 57 ff.; Knobloch, Diss., S. 30 m.w.N. ("Anspruchsexplosion"); Martens, VVDStRL 30 (1972), S. 8 ff.

de vermehrt¹⁾. Den mit der Erstellung dieser Einrichtungen verbundenen finanziellen Belastungen (Folgelasten²⁾)³⁾, ist die Gemeinde regelmäßig nur gewachsen, wenn sie im Zuge einer längeren organischen Entwicklung entstehen, nicht aber, wenn sie die Gemeinde kurzfristig infolge einer sprunghaften Bevölkerungszunahme durch Ausweisung neuer Großbaugebiete treffen⁴⁾.

Der Bedarf an Erschließung und Folgeeinrichtungen sowie ihre Finanzierung ist von der Gemeinde bereits im Aufstellungsverfahren des Bebauungsplanes zu berücksichtigen⁵⁾. Die Frage der finanziellen Realisierbarkeit ist insbesondere in den Abwägungsvorgang einzustellen⁶⁾, sie kann sogar zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Bebauungsplanes gehören⁷⁾. Da die überschlägigen Kosten und deren vorgesehene Finanzierung ferner nach § 9 Abs. 8 BBauG der Begründung des Bebauungsplanes beigelegt werden muß, ist die Gemeinde gezwungen, dieses Problem bereits früh zu klären.

Zwar können die Ausgaben für die laufende Unterhaltung und den Betrieb der Einrichtungen (zum Teil) nach dem Kommunalabgaberecht der Länder durch Benutzungsgebühren bestritten werden⁸⁾. Nicht davon erfaßt werden jedoch die Kosten der erstmaligen Herstellung der Folge-

- 1) Knobloch, Diss., S. 26; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 202 m.w.N.; Zschoch, Diss., S. 1.
Weitere Gründe für einen gesteigerten Bedarf an kommunalen Folgeeinrichtungen werden gesehen in der generellen Veränderung der Bevölkerungsstruktur (Zunahme auszubildender, älterer und pflegebedürftiger Menschen) und im fortschreitenden Prozeß der "Urbanisierung". Gerade die letzte Annahme muß jedoch angesichts der Entwicklung seit Mitte der siebziger Jahre bezweifelt werden (Stichwort: Zurück aufs Land).
- 2) Zum Begriff der Folgelasten Degmair, KStZ 1965, 518; Glanegger, Diss., S. 1; Knobloch, Diss., S. 13 ff.; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 201 f.; Stettner, AöR 102 (1977), S. 548 ff.; Zschoch, Diss., S. 103 ff.
- 3) Zur Höhe der Folgelasten: Die finanziellen Lasten der Gemeinde für Infrastrukturmaßnahmen betrugen bereits 1972 pro Neubürger 10.134,00 DM brutto oder 6.624,00 DM netto (nach Abzug der Finanzhilfen und der Anliegerbeiträge), siehe Blatt 299 des Gutachtens des Bay. Prüfungsverbandes öffentlicher Kassen vom 12.10.1973, zit. nach Hofmann, BayVBl. 1982, 742; siehe ferner Bötsch, BayVBl. 1981, 12; Dittrich, Erschließungsverträge, S. 148; Lang/Ziemer, Folgekosten; Zschoch, Diss., S. 2 ff.
- 4) Knobloch, Diss., S. 25; Stettner, AöR 102 (1977), S. 549.
- 5) Knobloch, Diss., S. 164 f. m.w.N. So schon § 1 Abs. 3 des Regierungsentwurfs des BBauG, BT-Drs. 3/336, S. 6.
- 6) BVerwGE 45, 309 (316 ff.); Bouska, BayBgm. 1969, 86 ff.; Degenhart, BayVBl. 1979, 289 Fn. 14.
- 7) Degmair, KStZ 1965, 171; Knobloch, Diss., S. 168 f.; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 214 f.; Röskau, KStZ 1969, 194.
Diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ergibt sich einerseits aus dem Prinzip sparsamer Haushaltsführung der Gemeinde, andererseits aus der ratio der §§ 1 Abs. 6 und 7, 9 Abs. 8, 129 Abs. 1 S. 3 BBauG.
- 8) v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 202; Stettner, AöR 102 (1977), S. 548.

einrichtungen¹⁾.

Auch § 129 Abs. 1 BBauG, wonach die Gemeinde bis zu 90 % der Kosten im Wege der Beitragserhebung auf die Grundstückseigentümer umlegen kann, hilft nicht weiter, denn diese Norm umfaßt nur die Kosten für Erschließungsanlagen im engeren Sinn²⁾. Eine Norm zur Abwälzung auch der Kosten für die Folgeeinrichtungen und nicht beitragsfähigen Erschließungsanlagen auf die Gemeindebürger fehlt hingegen³⁾⁴⁾.

Angesichts der zunehmend angespannten Finanzlage der Gemeinden⁵⁾ bedarf die Finanzierung der weiteren Erschließungsanlagen und der kostenintensiven Folgeeinrichtungen daher der vollen oder partiellen Übernahme durch einen leistungsstarken Investor. Dieser soll Geldbeträge zahlen und Grundstücke für die Erschließung und Folgeeinrichtungen bereitstellen⁶⁾.

- 1) Der Begriff Folgekosten (oder -lasten) umfaßt daher nur den zur primären Herstellung oder Erweiterung der Einrichtungen erforderlichen finanziellen Aufwand; Knobloch, Diss., S. 18.
- 2) Erschließungsanlagen i.e.S. sind die in § 127 Abs. 2 BBauG genannten zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze, Sammelstraßen, Parkplätze und Grünanlagen, soweit sie Bestandteil der genannten Verkehrsanlagen sind oder aus städtebaulichen Gründen zur Erschließung des Baugebiets notwendig sind. Die Kosten für Versorgungsanlagen nach § 127 Abs. 4 BBauG (Wasserleitungen und Kanalisationseinrichtungen) können nach Kommunalabgaberecht abwälzbar sein; Glanegger, Diss., S. 1. Zu nicht beitragsfähigen Erschließungsanlagen Hans-Jörg Birk, VBIBW 1984, 99.
- 3) Folgekosten werden daher als Kosten von Einrichtungen definiert, die weder erschließungsbeitragsfähig sind, noch sonst einseitig auf den Bürger abgewälzt werden können; BVerwGE 42,331 (336 f.); v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 202 f.; Schimpf, Vertrag, S. 95; Stettner, AöR 102 (1977), S. 549, 553; Zschoch, Diss., S. 103.
- 4) Eine Ausnahme bildet § 9 KAG Schleswig-Holstein, der eine einseitige hoheitliche Abwälzung der Folgekosten zuläßt; vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Norm BVerfG, NJW 1979, 859 ff.; BVerwG, NJW 1974, 659 ff.; ausführlich ferner Friauf, DVBl. 1978, 517 ff.; Zschoch, Diss., S. 16 ff.; zu den Motiven der Norm auch v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 210 Fn. 66.
- 5) Blümel, VVDStRL 36 (1978), S. 295; Knobloch, Diss. S. 80 ff.; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 49; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 203, 215; Zschoch, Diss., S. 1 m.w.N.
Zum Verschuldensstand der Kommunen mit Zahlenmaterial Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 805. Der stetig wachsende Investitionsbedarf der Gemeinden fließt zu 75 % in den Baubereich, dessen drastische Preisentwicklung merkbar auf die Gemeindeausgaben durchschlägt. Die Gemeinden werden so mit erheblichen ausgabeträchtigen Folgekosten belastet, ohne gleichzeitig deren finanzielle Deckung sicherstellen zu können; Grentschmann, Staat und Gemeinden, S. 69 f. Zur bedrohlichen Verschlechterung der Kommunalfinanzen auch Pappermann, NVwZ 1983, 137 ff.
- 6) Alternativ hierzu kann der Bauträger auch selbst den Bau der Folgeeinrichtungen übernehmen und die Kosten späteren Wohnungs- und Hauseigentümern auferlegen oder auf die Mieten umlegen; vgl. Göldner, JZ 1976, 354; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 215; Plagemann, WM 1979, 794. Diese Finanzierungsart ablehnend Friauf,

Infolge des dargestellten Zusammenhangs zwischen der Rechtmäßigkeit des Bebauungsplanes und der Finanzierung der Folgeeinrichtungen zielt das Interesse der Gemeinde auf zweierlei¹⁾:

Sie begehrt vom Druck notwendiger Folgekosten befreit zu werden²⁾.

Sie benötigt in möglichst frühzeitigem Stadium der Planaufstellung das bindende Versprechen eines Investors zur Kostenübernahme³⁾.

Nur unter diesen Voraussetzungen wird die Gemeindevertretung in der Lage sein, ihre Bedenken gegen die hohen finanziellen Belastungen durch eine Ausweisung neuer Baugebiete zurückzustellen⁴⁾.

Infolge Ihrer Unfähigkeit, die Kosten der Erschließung und der Folgeeinrichtungen aus eigener Kraft zu tragen, ist die Gemeinde an einer Finanzierungskooperation mit dem Bauinteressenten interessiert⁵⁾.

c) Die Realisierungskooperation

Nicht nur zur Zeit des Aufstellungsbeschlusses und der nachfolgenden Konkretisierung der Planung, sondern auch bei der Durchführung des Planes besteht ein Bedürfnis einverständlichen Zusammenwirkens. Planung benötigt zu Ihrer Realisierung plankonformen Verhaltens des Planadressaten⁶⁾; sie muß von privater Seite angenommen werden⁷⁾. Da der Bebauungsplan von vornherein "auf konkrete Erfüllung angelegt ist"⁸⁾,

DVB1. 1978, 521 f.; vgl. auch BVerwGE 44, 202 (207,210); BGH, NJW 1979, 794.

1) Plagemann, WM 1979, 795.

2) Stettner, AöR 102 (1977), S. 553.

3) Die Kostenübernahmebereitschaft wird zweckmäßigerweise so früh wie möglich, jedenfalls vor dem Planaufstellungsbeschluß geklärt; Degenhart, BayVBl. 1979, 289, Plagemann, WM 1979, 796; vgl. auch Göldner, JZ 1976, 354. Gibt kein Investor eine Kostenübernahmeerklärung ab, so muß die Gemeinde bei unzureichenden eigenen Finanzen von der Erstellung eines Bebauungsplanes absehen; Glanegger, Diss. S. 197.

4) Bielenberg, DVBl. 1967, 257; Götz, JuS 1970, 4 f.; Knobloch, Diss., S. 163 ff., 184 f.; Plagemann, WM 1979, 795 f. Fn. 18, 44 m.w.N.; Simon, BayVBl. 1974, 146; Zschoch, Diss., S. 33. S. Musterverträge bei Wachsmuth, Erschließungsvertrag, S. 5 ff.; Mang/Simon, BayBauO, Art. 86 Rn. 19: "Der Bauwerber erklärt sich...bereit, an die Gemeinde...zu zahlen, um dem Gemeinderat den Entschluß zu ermöglichen, seine Bedenken...zurückzustellen". Je weniger die Gemeinde zur Finanzierung der Planung in der Lage ist, umso stärker droht hier zugleich die Gefahr einer Abhängigkeit von finanzstarken Investoren und die einer "Erpressungslage". Die Planung finanzschwacher Gemeinden gerät dann leicht faktisch in die Hände finanzstarker Investoren; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 50; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 215.

5) Zum Zusammenwirken von Planungsbehörde und privatem Unternehmer bei der Durchführung umfangreicher Erschließungsprojekte BayObLG, BayVBl. 1976, 356; Degenhart, AöR 103 (1978), S. 202.

6) Burmeister, Verw. 1969, 21 ff.; Degenhart, DVBl. 1980, 660 m.w.N.; Schenke, AöR 101 (1976), S. 337 ff.

7) Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 179.

8) Blümel, FS Ernst Forsthoff, S. 143; Brohm, NJW 1981, 1695 ("Vollzugsnorm"); Degenhart, AöR 103 (1978), S. 191; Kaiser, Planung I, S. 32; ders., Planung II, S. 18, 25 f.

stellt sich dieses Bedürfnis verstärkt¹⁾.

Plant die Gemeinde etwa Einrichtungen, die von Privaten betrieben werden, so hat sie unabhängig von ihrer Finanzlage eine entsprechende private Initiative zu mobilisieren²⁾:

- Will die Gemeinde zur Befriedigung des Wohnbedarfs neues Wohngebiet ausweisen, so ist sie zur Verwirklichung ihrer städtebaulichen Konzeption darauf angewiesen, einen Investor für das Projekt zu finden³⁾. Dieser wird seine Entscheidung auch von der Vermarktungsfähigkeit des Vorhabens abhängig machen, so daß dieser Faktor im Hinblick auf die Realisierungschancen schon bei der Planung der Gemeinde ausreichend zu berücksichtigen ist.
- Eine Planung, die Industriegebiet ausweist, um Arbeitsplätze zu schaffen, ist sinnlos, wenn die Gemeinde kein Unternehmen zur Ansiedlung im Gemeindegebiet gewinnen kann⁴⁾.
- Will die Gemeinde ihr Stadtgebiet durch ein Warenhaus attraktiver machen, so muß sie einen Privaten zur Errichtung des Objekts motivieren, soll die Planung nicht ins Leere gehen⁵⁾.

Damit ist der Verbund von Plangeber und Planadressat aufgezeigt⁶⁾: Der Bebauungsplan dient öffentlichen Interessen; seine Realisierung bedarf jedoch plankonformen Verhaltens der Bürger⁷⁾. Da der Erfolg der Planung mit der Stimulierung des Planadressaten, seiner Konsens- und Mitwirkungsbereitschaft steht und fällt⁸⁾, ist die Gemeinde darauf angewiesen, den Bürger für ihre Planung "in Dienst zu nehmen"⁹⁾, insbesondere ihn zu Dispositionen zu veranlassen¹⁰⁾.

1) Eine projektbezogene Planung ist daher sachgerechter als eine Planung "aufs Geratewohl"; Dolde, NJW 1981, 1929 f.; Gelzer, BauR 1975, 145; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 179.

2) Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 49 Fn. 8.

3) Vgl. Ausgangsfall A.

4) Vgl. Ausgangsfall B und BVerwGE 45, 309. Den Zusammenhang von verbindlicher Bauleitplanung und Investitionsentscheidungen der Industrie verdeutlicht Hoppe, VVDStRL 38 (1980), S. 225 Fn. 30 mit umfassendem Zahlenmaterial.

5) Vgl. Ausgangsfall C und VGH BW, BWVPr. 1978, 223.

6) Brohm, Rechtsschutz, S. 96 ff.; ders. NJW 1981, 1694 f. (Planverbund"); Redeker, DVBl. 1968, 9 (rechtliche Verbundenheit); Sendler, BauR 1970, 6; Schmidt-Aßmann, BBauG, § 1 Rn. 321; ders., Grundfragen, S. 97 ff. m.w.N. Fn. 56; Weyreuther, DÖV 1977, 423.

7) Redeker, JZ 1968, 541; ihm folgend Plagemann WM 1979, 796. Staatliche Planung ist verstärkt auf die Bereitschaft des Bürgers zur Mitarbeit und Kooperation bei der Verfolgung staatlicher Planungsziele angewiesen; Schenke, WiVerw. 1977, 18.

8) Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 202 m.w.N. Fn. 37.

9) Hans Peter Ipsen, Planung II, S. 103.

10) Brohm, VVDStRL 40 (1982), S. 274 f. (darauf angewiesen, die Investitionen...aus dem einzelnen hervorzulocken und mit ihm abzusprechen); Degenhart, AöR 103 (1978), S. 180; Kisker, VVDStRL 32 (1974), S. 162 ff.; Ossenbühl, DÖV 1972, 35; vgl. auch Herbert Krüger, DVBl. 1955, 382 f.; Redeker, JZ 1968, 541; sowie BVerfGE 30, 392 ff. (Berlin Präferenz Fall).

Gelingt es nicht, den Planadressaten zu plankonformem Verhalten zu

Auch zur Realisierung Ihrer Planung kann die Gemeinde daher auf Kooperation angewiesen sein¹⁾; ihr Interesse geht dann auf einen "Durchführungsverbund"²⁾, der möglicherweise bereits mit der Berücksichtigung der Belange des Investors bei der Planaufstellung beginnt.

Im Rahmen dieses Durchführungsverbundes kann die Gemeinde ferner besonderen Einfluß auf die Planung der Einzelobjekte gewinnen. Erklärt sich - wie im Ausgangsfall C - der Bauwillige bereit, bestimmte planerische Festsetzungen zu beachten, so unterstützt er damit die Realisierung der weitergehenden städtebaulichen Gestaltungskonzeption der Gemeinde³⁾. Der Durchführungsverbund eröffnet der Gemeinde mithin die Möglichkeit, besonders wirksam private Planungen mitzugestalten⁴⁾.

Das rechtzeitige Einbeziehen Privater in das Planaufstellungsverfahren kann auch dazu beitragen, die Realisierung der Planung zu beschleunigen. Insbesondere dann, wenn der Gemeinde aus planerischen Gründen an einer schnellen Realisierung des Planes gelegen ist, erwächst aus der frühzeitigen Steuerung auch der privaten Planung eine Chance zur optimalen Wahrung öffentlicher Interessen⁵⁾.

Als Befund läßt sich das Interesse der Gemeinde an einer auf Dauer angelegten Kooperation mit dem Bauinteressenten feststellen mit dem Ziel einer Bindung seiner privaten Planung an die der Gemeinde.

motivieren, und bleibt die Realisierung des Plans daraufhin aus, so erweisen sich auch alle Planungskosten der Gemeinde als nutzlos, soweit die Planung auf die Erfordernisse bestimmter Projekte abgestellt ist; vgl. OVG Münster, BRS 28, Nr. 5 (S. 40).

- 1) Die Kooperationsbedürftigkeit demonstriert H. Meyer (VVDStRL 40 (1982), S. 320) am Beispiel des Frankfurter Westends: "Zu seiner Verwirklichung brauchte der Staat nur einen Partner". Vgl. auch Gusy, BauR 1981, 165.
- 2) Terminologie nach Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 198, m.w.N. auf Lit. zur Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft.
- 3) Vgl. zu dieser "projektbezogenen Kooperation" VGH BW, BWVPr. 1978, 223 (224), Bielenberg, DVBl. 1967, 261; Püttner, AfK 1966, 113 ff.; Sendler, WiR 1972, 458 ff.
- 4) Der Einfluß, den sich die Gemeinde damit auf die private Planung und Baugestaltung sichert, ist nicht völlig unproblematisch, da er ihr gesetzlich nicht zukommt, d.h. die Gestaltungsmöglichkeiten des öffentlichen Baurechts überschreitet. Vgl. BVerwG, NJW 1966, 219; Schuegraf, NJW 1964, 2091; ders., BayVBl. 1965, 334 ff.; i.d.S. auch Hans Peter Ipsen, Planung II, S. 100.
- 5) Als Beispiel: Interesse an der Beschleunigung einer Flurbereinigung (dazu BGH, NJW 1961, 1882), Interesse an der Anregung der Bautätigkeit (dazu OVG Lüneburg, KStZ 1962, 18 (20)), Interesse an Strukturverbesserungen (dazu Degenhart, AöR 103 (1978), S. 180); vgl. zu dieser "Entlastungsfunktion" Kisker, VVDStRL 32 (1974), S. 167 f.

d) Die Wahrung der planerischen Flexibilität

Bei der Bauleitplanung verknüpfen sich der außerrechtliche Vorgang der Planung mit den Normen des Planungsrechts¹⁾. Planung beinhaltet ordnende und lenkende Maßnahmen, die unter Berücksichtigung zukünftiger Entwicklungen und Erfordernisse getroffen werden²⁾. Aus der steten Wechselwirkung fortgeschriebener Zielvorgaben, deren Konkretisierung in planerischen Festsetzungen und faktischen Entwicklungen folgt ein dynamisches Element der Planung. Sie ist ihrem Wesen nach auf Veränderung und Anpassung an geänderte Einschätzungen und Umstände angelegt³⁾. Planung kann daher sinnvollerweise nur als dynamischer Prozeß betrieben werden⁴⁾. Andernfalls wären die Fehler nicht mehr zu korrigieren, die sich aufgrund der erforderlichen Prognose⁵⁾ in die Planung eingeschlichen haben, und die Planung nicht mehr an die fortgeschriebenen Planungsziele anzupassen. Die Dynamik der Planung verlangt es daher, die erforderlichen planerische Flexibilität zu wahren⁶⁾.

Für die Bauleitplanung tragen die Normen des Planungsrechts diesem Bedürfnis insbesondere mit dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG weitgehend Rechnung⁷⁾. Damit sie die Vielzahl der im Anregungsverfahren vorgebrachten Einwendungen in den Planungsvorgang einbeziehen kann, ist die Gemeinde daran interessiert, bis zur abschließenden Planungsentscheidung ungebunden zu bleiben⁸⁾. Sie will auf veränderte Planungsfaktoren flexibel reagieren und ihre ursprüngliche Planungsabsicht ändern können. Zu einem Umschwung der ursprünglichen Planungsabsicht kann eine Vielzahl von Gründen Anlaß geben.

Zum einen kann die Ursache hierfür bei der Gemeinde selbst liegen. Die planungserheblichen Belange können sich ändern, weil sich

- die finanzielle Belastbarkeit der Gemeinde oder
- der Bedarf an Erschließung neuer Baugebiete reduziert hat⁹⁾.

1) Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 179.

2) Oldiges, Grundlagen, S. 42.

3) Degenhart, DVBl. 1980, 665 f. Planung als Kooperation solcher Maßnahmen, die dem Erreichen eines in der Zukunft liegenden Ziels dienen, ist bereits ex definitione durch ein Zeitmoment gekennzeichnet; sie unterliegt als solche einem steten Wandel; Schenke, WiVerw. 1977, 19 m.w.N. Fn. 5.

4) Hans Peter Ipsen, Planung II, S. 107; Ossenbühl, JuS 1975, 546; Schenke, WiVerw. 1977, 19; v. Simson, Planung I, S. 419.

5) Zum Element der Prognose ein Rahmen der Planung Hoppe, FS BVerwG, S. 306 ff.; ders., ÖffBauBoR, Rn. 285 a-d.

6) Redeker, JZ 1968, 541; vgl. auch Degenhart, DVBl. 1980, 660; Kaiser, Planung II, S. 25 (Plan als flexibles Aktionsmodell); Ossenbühl, StHR, S. 179; ders., Gutachten 50. DJT, S. 196 (200); Schenke, AöR 101 (1976), S. 351.

7) Die Normen des Planungsrechts sind insoweit durch den außerrechtlichen Vorgang der Planung geprägt; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 179.

8) Degenhart, BayVBl. 1979, 289 m.w.N. Fn. 3.

9) Zuck, Recht, B Rn. 50.

Neue, in die Abwägung einzustellende Belange können zutage treten

- durch die Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange (§ 2 Abs. 5 BBauG)
- durch die von den Bürgern vorgetragenen Bedenken und Anregungen (§ 2a BBauG) oder
- durch einen Informationsgewinn der Gemeinde außerhalb des Beteiligungsverfahrens.

Bereits bekannte Belange können im Verlauf des Aufstellungsverfahrens andersartig zu gewichten sein. Darüberhinaus ändern sich die Beurteilungskriterien im Gemeinderat möglicherweise

- infolge der drückenden Einflussnahme von Bürgerinitiativen und Medien,
- infolge des aus Neuwahlen resultierenden politischen Mehrheitswechsels in der Gemeindevertretung oder
- infolge eines rational unbegründeten Stimmungsumschwungs der Gemeindevertretung¹⁾.

Ein gestalterischer Motivationswechsel kann ebenso von staatlichen Stellen beeinflusst sein

- durch Beratung der plangenehmigenden Aufsichtsbehörde oder
- durch Zuschüsse und Sonderzuweisungen an Finanzhilfen etwa für strukturgefährdete Gemeinden und die damit verbundenen Auflagen.

Infolge dieser Ursachen kann die Gemeinde den Wunsch haben, von ihrer ursprünglichen Planungsabsicht abzurücken und den Bebauungsplan wieder ganz fallen zu lassen oder die bauliche Nutzbarkeit der Grundstücke radikal zu ändern²⁾. Um einen Umschwung ihrer Planzielsetzung zu gewährleisten, ist die Gemeinde daran interessiert, ihre planerische Gestaltungsfreiheit zu erhalten³⁾.

Dem Interesse der Gemeinde, ihren Kooperationspartner zu binden, steht damit ein differenziertes Interesse an eigener Bindung gegenüber: Prinzipiell möchte die Gemeinde an einer gefällten Vorentscheidung festhalten, also eine erteilte Zusage erfüllen und den Bebauungsplan erlassen. Während der Zusageempfänger aber gebunden sein soll, will die Gemeinde sich selbst von Bindungen freihalten oder von eingegangenen Bindungen lösen können. Zumindest möchte sie nicht definitiv gehindert sein, von ihrer Vorentscheidung abzuweichen⁴⁾, sobald sich ihre Planungsabsicht ändert.

1) Zu diesen Gründen im einzelnen BGH, NJW 1978, 802(804); Luhmann, BayVBl. 1974, 456; Plagemann, WM 1979, 799; Stettner, AöR 102 (1977), S. 546.

2) Luhmann, BayVBl. 1974, 456.

3) So schon Köttgen, VVDStRL 16 (1958), S. 177 (Interesse an Elastizität).

4) Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 222.

Die Gemeinde ist somit an der Wahrung ihrer planerischen Flexibilität interessiert¹⁾.

3. Die Interessen des Bauwilligen

Jede Planung setzt hinreichende Zukunftserwartungen voraus. Die Zukunftserwartung eines Bauwilligen wird maßgeblich dadurch gestaltet, wie die Gemeinde die Bebaubarkeit seines Grundstücks im Bebauungsplan festlegt. Steht diese Planungsentscheidung noch aus, läßt sich die private Zukunftsentscheidung nur durch Entscheidungsbindung der Gemeinde mittels Zusagen sichern²⁾. Erst diese Selbstbindung der Gemeinde erlaubt es dem Zusageempfänger, seine Investitionen langfristig zu planen. Die Zusage teilt ihm mit, womit er rechnen kann.

Hat die Gemeinde nach vorausgegangenen Sondierungsgesprächen und weitläufigen Untersuchungen auf beiden Seiten eine Zusage abgegeben, so will sich der Bauinteressent hierauf verlassen können³⁾. Dies gilt verstärkt in den Fällen, in denen die Gemeinde ihn zu einem investiven Verhalten und zum Umsetzen eines gemeindlichen Planungskonzepts veranlassen will.

Das Interesse des Bauwilligen an verlässlichen Planungszusagen resultiert aus seinen eigenen wirtschaftlichen Risiken: Zum einen geht dem ersten Spatenstich für ein Großbauprojekt eine langfristige und kostenintensive interne Planung voraus⁴⁾. Kann mit ihr erst nach Abschluß des zeitaufwendigen Planaufstellungsverfahrens⁵⁾ begonnen werden, so wird die Realisierung des Bauvorhabens verzögert und unnötig verteuert⁶⁾. Demgegenüber wäre eine zur Planaufstellung parallel verlaufende private Planung in der Lage, den Zeit- und Kostenaufwand zu reduzieren und dabei die Investitionen für Planung und Ausführung kostensparend vorzunehmen. Grundlage einer solchen vorgezogenen privaten Planung kann aus der Sicht des Bauwilligen nur eine verlässliche Aussage der Gemeinde bezüglich ihrer Planungsabsichten sein.

Zum anderen ist neben dem raschen Beginn der Planung auch der frühzeitige Erwerb des benötigten Grundes erforderlich. Da bereits der Beschluß zur Aufstellung des Bebauungsplanes den Boden für Spekulationen auf einen Wertzuwachs der Grundstücke im Plangebiet nährt⁷⁾, werden

1) Degenhart, BayVBl. 1979, 290; ders., DVBl. 1980, 660.

2) Vgl. Schimpf, Vertrag, S. 18.

3) Sendler, WiR 1972, 455 f.; OVG Münster, BRS 28, Nr. 5, S. 40; Urt. v. 8.09.1978 - XI A 915/76 (unveröff.).

4) Ebd.

5) Zum Zeitaufwand für die Aufstellung eines Bebauungsplanes s. 1. Kap. II. 2 a).

6) Die Gefahr einer Verteuerung entsteht nicht nur durch den Währungsverfall und die im Baubereich besonders drastische Preisentwicklung, sondern auch infolge neuer Pflichtnormen für das Bauvorhaben (z. B. DIN 4108 u. 4109, erhöhter Wärme- und Schallschutz).

7) Vgl. die Befragung von Kommunalpolitikern zur spekulationsför-

die Erwerbskosten durch ein spekulatives Zurückhalten der Grundstücke hochgetrieben. Der grundsätzliche Erwerb des Baugrundes kann zwar durch Maßnahmen der Bodenordnung sichergestellt werden; diese sind jedoch langwierig und kostenintensiv¹⁾, so daß dem Bauinteressierten währenddessen "die Baupreise davonlaufen". Von einer Realisierung des Vorhabens wird er dann häufiger absehen müssen.

Da somit ein Abwarten des Investors bis zum Inkrafttreten des Bebauungsplanes insbesondere bei Großprojekten wirtschaftlich unververtretbar sein kann²⁾, zielt das Interesse des Bauwilligen auf eine frühzeitige³⁾, und verlässliche Verpflichtungserklärung der Gemeinde über ihre planerischen Vorstellungen. Erst auf dieser Grundlage wird er in der Lage und bereit sein, den Baugrund zu erwerben, Architekten und Ingenieure zu beauftragen⁴⁾, interne Planungen fortzusetzen, den Baugrund zu erkunden und vorzubereiten, das Grundstück zu erschließen und die Finanzierung dieser Maßnahmen durch Bankkredite sicherzustellen⁵⁾.

Ein Umschwung der gemeindlichen Planungsabsicht wird den Bauwilligen dann besonders hart treffen, wenn er einige dieser Dispositionen infolge einer vorausgegangenen Zusage bereits vor Inkrafttreten des Bebauungsplanes getätigt hat. Scheitert der Weg, die Gemeinde gerichtlich zum Aufstellen eines Bebauungsplanes zu veranlassen⁶⁾, so richtet sich sein Interesse zumindest auf Ersatz des Aufwandes für die Dispositionen, die er im Vertrauen auf die Zusage getroffen hat⁷⁾ sowie auf Rückgewähr seiner bereits erbrachten Leistungen⁸⁾.

dernden Wirkung einer "frühen" Bürgerbeteiligung; Evers u.a., Praxis der Gemeinden, S. 121, Tab. 29.

1) Degenhart, DVBl. 1979, 290.

2) Sendler, WiR 1972, 456; OVG Münster, BRS 28, Nr. 5, S. 40; Urt. v. 8.09.1978 - XI A 915/76 (unveröff.)

3) Das frühzeitige Interesse des Bürgers am Ausgang langwieriger Entscheidungsfindungsprozesse betont zu Recht Hailbronner, DVBl. 1979, 767. Ebenso BSG, NJW 1961, 1647: "Es besteht... ein dringendes Bedürfnis des Staatsbürgers dafür, eine Gewähr für künftige Entscheidungen der Verwaltung zu erhalten, um seinerseits Entscheidungen häufig mit erheblichen Aufwand von Kosten und Mitteln treffen zu können."

4) Wegen des erheblichen Architektenaufwands hält Göldner (JZ 1976, 354) bereits eine fruchtlose Vorplanung für den Bauträger für nicht vertretbar.

5) Zu möglichen Dispositionen im einzelnen vgl. BGH, NJW 1978, 1802; NJW 1980, 826; Degenhart, BayVBl. 1979, 290; Luhmann, BayVBl. 1974, 456.

6) So die Interessenlage in BVerwG, NJW 1980, 2538; DÖV 1981, S. 78; NVwZ 1983, 92.

7) So die eingeklagten Ansprüche in BGH, NJW 1978, 1802; NJW 1980, 826; LG Siegen, Urt. v. 30.06.1981-2 b O 593/80 (unveröff.). Diese und weitergehende Ansprüche auf Ersatz des entgangenen Gewinns bei BGH, WM 1976, 453; BayObLG, BayVBl. 1976, 378; HessVG, Urt. v. 19.05.1978-IV OE 133/76 (unveröff.); Urt. v. 23.03.1982-IX OE 53/79 (unveröff.).

8) Das Problem für Ersatzansprüche für Leistungen an die Gemeinde ist jedoch seit BVerwGE 42, 331 (341) weitgehend geklärt. Vgl.

Die Verlässlichkeit der planerischen Absichtsbekundungen der Gemeinde steht somit im Vordergrund der Interessenlage des Bauwilligen, der getroffene und zukünftige Dispositionen gesichert wissen will¹⁾.

4. Die Interessen der Verfahrensbeteiligten

Am Verfahren der Planaufstellung sind nach § 2 Abs. 5 BBauG die Träger der von der Planung betroffenen öffentlichen Belange und die Bürger nach § 2a BBauG zu beteiligen. Erfolgt diese Beteiligung erst nachdem die Gemeinde eine Vorabentscheidung getroffen hat, an die sie definitiv gebunden ist, so können die im Verfahren vorgetragenen Anregungen und Bedenken nicht mehr berücksichtigt werden. Das Recht betroffener Bürger und Inhaber schützenswerter Belange auf Beteiligung wird so zur funktionslosen Formalie degradiert²⁾. Wegen der zuvor geschaffenen bindenden Weichenstellung mindert sich die Chance Verfahrensbeteiligter, erfolgreich auf den Planinhalt einwirken zu können, auf Null³⁾.

Je stärker und umfassender die Bindung der Gemeinde an eine von ihr erteilte Zusage ist und je kooperativer die Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinde und dem Bauinteressenten sind, um so mehr droht die Gefahr eines "kollusiven Unterlaufens rechtlicher Vorgaben"⁴⁾, insbesondere zu Lasten der am Verfahren teilhabenden Dritten.

Ferner besteht die Gefahr, daß eine effektive Kontrolle der Aufsichtsbehörde und der Verwaltungsgerichte durch "kollusives" Zusammenwirken der Gemeinde und des Bauinteressenten zum Nachteil klagender Dritter vereitelt wird⁵⁾. Insbesondere die Verschwiegenheit und streng gehütete Vertraulichkeit der Verhandlungen sowie der Verzicht auf Schriftlichkeit der Vereinbarungen erschweren es, die Vorgänge und ihre Motive exakt zu rekonstruieren. Soweit informelle Absprachen vorliegen, fehlt dann für gerichtliche Kontrollen der Gegenstand einer Untersuchung⁶⁾. Damit ist das Risiko einer Verfehlung effektiven Rechtsschutzes Dritter aufgezeigt⁷⁾.

Dem Interesse der Verfahrensbeteiligten entspricht es daher, eine definitive Bindung der Gemeinde bis zur Abwägung der von ihnen vorgetragenen Einwendung zu verhindern, damit die Anregungen und Bedenken in den Abwägungsvorgang einbezogen werden und in das Abwägungsergeb-

aber Stettner, AöR 102 (1977), S. 546 f. zum Entreicherungseinwand.

1) Degenhart, BayVBl. 1979, 290; ders. DVBl. 1980, 660; Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 222; Luhmann, BayVBl. 1974, 456; Plagemann, WM 1976, 795; Sandler, WiR 1972, 455 f.

2) Vgl. BVerwGE 45, 309 (318).

3) Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 212.

4) Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 204; vgl. auch Fiedler, Funktion, S. 213.

5) Defizitäre Abwägung ist für Dritte häufig nicht mehr korrigierbar; vgl. Hoffmann-Riem, ebd., S. 223.

6) Ebd., S. 213.

7) Ebd.; sowie Blümel, DVBl. 1975, 703; Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 201 m.w.N. Fn. 232; BVerfG, DVBl. 1981, 374 F. (zu § 6 LuftVG).

nis Eingang finden können.

5. Symbiose und Kollisionen der Interessen

Regelmäßig setzt die Ausweisung neuen Baulandes, insbesondere für Großbauprojekte, eine weitgehende Koordination der Wünsche des Bauinteressenten mit den Möglichkeiten der Gemeinde voraus¹⁾. Dabei ist einerseits der Investor gezwungen, sein Planungskonzept mit der Gemeinde abzustimmen, weil diese sonst keinen entsprechenden Bebauungsplan aufstellen wird. Andererseits wird die Gemeinde häufig den planerischen Interessen des Bauwilligen entgegenkommen müssen, weil dieser kaum zur Kooperation bereit sein wird, wenn der Bebauungsplan nicht seinen Vorstellungen entspricht²⁾.

Gehen die Gemeinde und der Bauinteressent aufeinander zu und stellen sich so gemeinsame Vorstellungen über die planerische Gestaltung des in Frage stehenden Gemeindegebiets ein³⁾, so sind die beiderseitigen Interessen gleichgerichtet auf eine frühzeitige Bebauungsplanzusage. Damit will die Gemeinde den Bauinteressenten möglichst früh an sich binden⁴⁾ und mit seinen Möglichkeiten, seinem Sachverstand und seinem Erwerbsinteresse die Aufstellung, Finanzierung und Realisierung des Bebauungsplanes sichern. Zu den erforderlichen Aktivitäten, Investitionen und Leistungen wird der Bauwillige nur bereit sein, wenn in Form der Zusage eine verlässliche Aussage der Gemeinde über ihre zukünftigen Planungsentscheidungen vorliegt, aufgrund derer er seinerseits frühzeitig planen kann⁵⁾. Wird der bestehende Bedarf nach kooperativer, planerischer Abstimmung durch eine verlässliche Planungszusage befriedigt, so wird damit die Planung insbesondere größerer Projekte erst möglich und lohnend⁶⁾. Die Interessen der Gemeinde und des Bauwilligen verbinden sich insoweit zur Symbiose⁷⁾.

1) Zuck, Recht, B Rn. 21.

2) v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 215.

Beiden Parteien geht es darum, den anderen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen: Der Bauinteressent begehrt von der Gemeinde die Ausweisung neuen Baulands, während die Gemeinde den Bauwilligen zur Ausführung des privaten Bauvorhabens bewegen will; vgl. Plagemann, WM 1979, 795.

3) Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 50.

4) Mit einer Bindung des Bauwilligen vermindert sich das Risiko der Gemeinde, zunächst einen Bebauungsplan aufzustellen, dann aber auf den Planungskosten oder den Folgekosten infolge eines (kompensationslosen) Rückzugs des Privaten sitzen zu bleiben; vgl. den Fall IBM/Hannover (Rückzug nach aufwendigen Vorbereitungen der Gemeinde); dazu Hoffmann- Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 197 Fn. 21, S. 228; BVerwG, NJW 1973, 1895 (Gemeinde verlangt Ersatz der Folgekosten).

5) Zum Zusammenhang gesicherter Dispositionsschutzinteressen und privater Investitionsbereitschaft Degenhart, BayVBl. 1979, 289; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 50; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 35;

6) Schimpf, Vertrag, S. 18; vgl. auch Schenke, WiVerw. 1977, 18.

7) Zu dieser Möglichkeit auch Göldner, JZ 1976, 354.

Das Interesse des Bauwilligen, seine Dispositionen erst auf der Grundlage einer verlässlichen Planungszusage zu tätigen, steht andererseits in Konflikt mit dem Interesse der Gemeinde, ihre planerische Gestaltungsfreiheit nicht vorzeitig eingeengt zu wissen. Da sie Anregungen von außen und eigene planerische Überlegungen in den weiteren Planungsvorgang einbeziehen können möchte, will sie auch nach Zusageerteilung in der Lage bleiben, ihre zugesagte Planungskonzeption abzuändern¹⁾. Damit ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der Gemeinde an der Wahrung ihrer planerischen Flexibilität und dem entgegenstehenden Interesse des Zusageempfängers am Bestandsschutz getätigter und künftiger Dispositionen aufgezeigt²⁾.

Interessenkonflikte können auch aus dem Verbund der Gemeinde mit dem Bauinteressenten entstehen. Je kooperativer diese Rechtsbeziehung ausgestaltet ist, desto größer sind die Gefahren des Interessenausgleichs hart an oder jenseits der Grenze der Legalität und des "kollusiven" Unterlaufens des gesetzlichen Aufstellungsverfahrens³⁾. Nach gefundenem bipolaren Konsens zwischen Gemeinde und Bauwilligen sind deren Interessen zwar gleichgerichtet; sie stehen aber denen der am Verfahren Beteiligten entgegen. Die Chance Planungsbetroffener, auf den bipolaren Konsens nachträglich noch einwirken zu können, nähert sich tendenziell Null⁴⁾. So läuft die Mehrpoligkeit der Interessenbeziehungen beim Planaufstellungsverfahren Gefahr, durch den bipolaren Konsens, der Drittinteressen nicht berücksichtigt, verschüttet zu werden⁵⁾. Das Spannungsverhältnis besteht demnach zwischen dem Bedarf der Gemeinde an frühzeitiger Vorentscheidung und dem Interesse Verfahrensbeteiligter an der Einbeziehung ihrer Einwendungen in die abschließende Planungsentscheidung.

Damit ist die der Arbeit zugrundeliegende charakteristische Ausgangslage dargestellt:

Zum einen die Möglichkeit einer Interessensymbiose⁶⁾

und zum anderen Interessenkonflikte in zwei Richtungen:

- zwischen planerischem Flexibilitäts- und privatem Dispositionsschutzinteresse sowie
- zwischen dem Bedarf an frühzeitiger planerischer Vorentscheidung und dem Interesse Planungsbetroffener an effektiver Verfahrensbeteiligung und Beachtung ihrer Belange bei der Abwägung.

Aufgabe dieser Arbeit ist es, einen Weg aufzuzeigen, diese divergierenden Interessenlagen in Ausgleich zu bringen⁷⁾. Gleichzeitig macht be-

1) Degenhart, BayVBl. 1979, 290 m.w.N.

2) Ders., DVBl. 1980, 660 m.w.N.

3) Hoffmann- Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 204.

4) Vgl. ebd., S. 212.

5) Ebd., vgl. ferner Mußnug, VVDStRL 40 (1982), S. 284 (Die Grenze der Kooperation verläuft dort, wo über den Kopf Dritter hinweg entschieden wird); Papier, VVDStRL 40 (1982), S. 287 (Tauschformige Kooperation zwischen Betreiber und Verwaltung einerseits und Dritten andererseits).

6) Göldner, JZ 1976, 354.

7) So auch die Aufgabenstellung bei Degenhart, BayVBl. 1979, 290.

reits die gesteigerte Komplexität der Interessenlagen¹⁾ deutlich, daß es "glatte", allseits befriedigende Lösungen kaum geben kann²⁾.

Bevor jedoch der Weg zu Lösungsvorschlägen frei ist, bedürfen die Handlungsformen der Zusagen einer Einordnung in das System des Verwaltungshandelns.

1) Ders., DVBl. 1980, 660.

2) Sendler, WiR 1972, 454.

Zweites Kapitel

Zusagen im System des Verwaltungshandelns

I. Vorläufige Orientierung

Zusagen als relativ junge Handlungsformen der Verwaltung haben Rechtslehre und Rechtsprechung in den letzten zwei Jahrzehnten verstärkt beschäftigt. Sie sind ein Ergebnis der Suche nach verwaltungsrechtlichen, kooperativen Handlungsformen entsprechend den "Bedürfnissen der Praxis"¹⁾. Ihre rechtliche Diskussion resultierte primär auf der Schwierigkeit, ihren Standort im System verwaltungsrechtlicher Handlungsformen zu bestimmen²⁾. Die dogmatische Verortung aller auftretenden Handlungsformen der Verwaltung ist zwar angesichts der "Komplexität der Verwaltungspraxis und ihrer Wirkungsweise nur noch bedingt zu meistern"³⁾; soweit die Verwaltungspraxis jedoch Handlungsformen neben der Dogmatik entwickelt, sind diese "im Interesse der Leitfunktion des Rechts" zu erarbeiten⁴⁾.

Dieser Vorgang ist für die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages - und damit für die vertragliche Zusage - nicht zuletzt infolge seiner ausdrücklichen Anerkennung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder⁵⁾ so weit fortgeschritten, daß die rechtliche Diskussion heute weniger im Bereich des Grundsätzlichen stattfindet als vielmehr auf die Interpretation des normierten Vertragsrechts verlagert wurde⁶⁾.

Demgegenüber besteht für die dogmatische Erarbeitung der einseitigen Zusage ein gewisser Nachholbedarf. Den Mangel dogmatischer Verfestigung und ausreichender Rechtsentwicklung demonstriert insbesondere die Tatsache, daß es in den "jahrzehntelangen Bemühungen von Wissenschaft und Rechtsprechung"⁷⁾ bislang weder gelang, eine einheitliche, allgemein anerkannte Definition der einseitigen Zusage hervorzubringen⁸⁾, noch ihren Lebensbereich erfolgreich einzugrenzen. Allerdings konnten seit den Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, die Grundlagen im Zusagebereich schafften⁹⁾, bis zum heutigen Tag erheb-

1) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 103; vgl. auch Gusy, DVBl. 1983, 1225; Krause, Rechtsformen, S. 230.

2) Dazu Fiedler, Funktion, S. 94.

3) Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 304.

4) Ebd., S. 311, LS 17; neuerdings ders., VVDStRL 40 (1982), S. 274 (Die Dogmatik habe neue Entwicklungen in der Praxis der Verwaltung nicht beachtet, geschweige denn dogmatisch aufgearbeitet).

5) Vgl. §§ 54 ff. VwVfG des Bundes und die VwVfGe der Länder.

6) Insbesondere die Diskussion um die Zulässigkeit des Vertrags als Handlungsform der Verwaltung ist seit 1976 abgeebbt.

Skeptisch zur Existenzberechtigung des subordinationsrechtlichen Vertrags neuerdings Püttner, DVBl. 1982, 122 ff.; dazu kritisch Heberlein DVBl. 1982, 763 ff.

7) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 104.

8) Ders., Funktion, S. 104.

9) Vgl. insbes. Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 1 ff.; Hartz, Referat

liche Fortschritte erzielt werden¹⁾.

Der 44. Deutsche Juristentag definierte die einseitige Zusage als "hoheitliche Selbstverpflichtung der Verwaltung gegenüber bestimmten Erklärungsempfängern"²⁾. Ähnlich sieht das BVerwG in der Zusage eine "hoheitliche Selbstverpflichtung mit Bindungswillen zu einem späteren Tun oder Unterlassen (Zukunftsbindung)"³⁾. Diese nur terminologisch leicht differierenden Definitionen⁴⁾ sind zwar wenig umstritten, doch hält sich ihr Aussagewert in Grenzen.

Vielfach wird versucht, die einseitige Zusage von der Rechtsnatur her zu erfassen. Sie wird dabei als rechtsgeschäftliche Willenserklärung⁵⁾, als Verwaltungsakt⁶⁾, als Vertrag⁷⁾ oder als eigenständige Rechtsfigur⁸⁾ kategorisiert. Damit sind Fragen des Rechtsschutzes sowie der Systemanpassung angesprochen⁹⁾; das Charakteristische der Zusage wird damit

44. DJT, D 3 ff.; Langkeit, Diskussionsbeitrag 44. DJT, D 37 ff.; Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 47 ff.

- 1) Aus der Vielzahl seither erschienener Veröffentlichungen Achterberg, DÖV 1971, 397 ff.; grundlegend Fiedler, Funktion; Grellert, Zusicherungen; Kampmann, Erteilung; Hubert Kellner, Diss.; Kimminich, JuS 1963, 268 ff.; Franz Mayer, JZ 1964, 677 ff.; Monreal, Auskünfte; Helmut Müller, Diss.; Niedermaier, BayVBl. 1965, 401 ff.; Pettenkofer, Diss.; Pfander, Diss.; Plössl, Diss.; Pieper, Diss.; ders., VerwArch. 59 (1968), S. 217 ff.; Reifenrath, Diss.; Strotkamp, Diss.; v. Voigt, Diss.; vgl. ferner die Behandlung der Zusage im Rahmen "Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht", VVDStRL 32 (1974), S. 149 ff. und in "Selbstbindungen der Verwaltung", VVDStRL 40 (1982), S. 153 ff.
- 2) Verhandlungen 44. DJT, D 106 - Beschluß C I.
- 3) BVerwG, ZBR 1966, 377 f., vgl. auch BVerwG, DVBl. 1976, 339 f.
- 4) Vgl. andere Definitionsversuche, bei denen die Begriffe "Selbstverpflichtung" (Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 72) oder "Selbstbindung" (Langkeit, Verhandlungen 44. DJT, D 43) im Vordergrund stehen.
- 5) Bachof, VerwR I, § 45 II b (S. 367); Erichsen/Martens, VerwR, § 11 II 4; Haueisen, NJW 1961, 1904 f.; ders., DVBl. 1961, 635; ders., DVBl. 1963, 813; Maiwald, BayVBl. 1977, 452 (aber Rechtsähnlichkeit von Zusicherung und VA); Menger/Erichsen, VerwArch. 59 (1968), S. 169 f.; Niedermaier, BayVBl. 1965, 401; Ule/Laubinger, VwVfR, § 49 I (S. 242); Wallerath, VerwR, § 8 II 1; a.A. Hubert Kellner, Diss., S. 86 (nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung).
- 6) So die h.M.; statt vieler Achterberg, DÖV 1971, 399; Helmut Müller, Diss., S. 31 f.; BSGE 6, 175 ff.
- 7) Bereits RGZ 53, 423 (427 f.); 110, 293 f.; 125, 295 (299); 148, 266 (267 ff.); ebenso Pr.OVG nach Bullinger, Vertrag, S. 57 f.; OVG Lüneburg, KStZ 1962, 18 (19); OVG Münster, DVBl. 1973, 696 (697); Grellert, Zusicherungen, S. 63 f.; Henke, Recht, S. 141 f.; Herzig, Diss., S. 39; Hans Peter Ipsen, 44. DJT, D 80; Sellmann, 44. DJT, D 83; Zuhrmahr, ZBR 1954, 200; vgl. dazu auch Hans Meyer, NJW 1977, 1707 Fn. 28; Rupp, JuS 1961, 61 f.; Zeidler, 44. DJT, D 93; ablehnend Haueisen, NJW 1961, 1901; ders. DVBl. 1961, 835; Langkeit, 44. DJT, D 43; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 47.
- 8) Hans Peter Ipsen, 44. DJT, D 79 (autonomes Institut); Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 55 f. (Rechtshandlung eigener Art); Langkeit, 44. DJT, D 42; Entwicklung der Zusage als eigenständige Handlungsform bei Fiedler, Funktion, passim.
- 9) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 106.

jedoch noch nicht erfaßt.

Einen breiten Raum nimmt die Diskussion der Zusage unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ein¹⁾. Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ haben insbesondere die Verbindlichkeit der Zusage lange Zeit aus diesem Gesichtspunkt begründet. Werden Zusagen den (begünstigenden) Verwaltungsakten oder verwaltungsrechtlichen Verträgen zugeordnet, sind sie ohnehin verbindlich⁴⁾, so daß zumindest rechtmäßige Zusagen keiner dogmatischen Absicherung durch das Vertrauensschutzprinzip bedürfen⁵⁾. Das Vertrauensschutzprinzip kann daher erst bei der Einhaltung rechtswidriger Zusagen eine Rolle spielen⁶⁾. Zweifellos hat dieses Prinzip einen bestimmenden Beitrag zur Entwicklung des Zusageproblems und damit auch zu seiner dogmatischen Bewältigung geliefert⁷⁾. Zugleich sind jedoch viele Fragestellungen durch voreiliges Berufen auf Vertrauensschutzgesichtspunkte frühzeitig verdeckt worden⁸⁾.

Häufig werden bei Definitionsversuchen nur Einzelaspekte der Zusage angesprochen:

Die Zusage sei "ihrem Wesen nach ein Provisorium"⁹⁾; ihr wohne die "clausula rebus sic stantibus" wesensmäßig inne¹⁰⁾.

- 1) Dazu schon Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 69; sowie aus neuerer Zeit Lange, WiVerw. 1979, 29 ff.; Lotz, WiVerw. 1979, 8 f.; Rudi Schmidt, ZfS 1982, 67.
- 2) BVerwGE 1, 254 f.; 3, 199 (203); BVerwG, NJW 1961, 1882 (1883); JZ 1964, 687; DVBl. 1966, 857 (859); BSG, NJW 1961, 1646 (1647); BSGE 14, 104 (108); 23, 248 (252); BFH, BStBl. 1961 III, 562 (564 f.).
- 3) Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 56 f.; These II A; Obermayer, NJW 1962, 1468; Stich, ZBR 1956, 252; Tittel, DRiZ 1962, 310; Zuhrmahr, ZBR 1954, 202; skeptisch Hauelsen, NJW 1961, 1903; zu "größter Zurückhaltung" mahnt Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 68.
- 4) Reifenrath, Diss., S. 111; Ossenbühl, DÖV 1972, 28.
- 5) Ebd.; sowie Helmut Müller, Diss., S. 55 f.; Papier, VerwArch. 59 (1968), S. 221 ff.; Pfander, Diss., S. 395 Nr. 6; Püttner, VVDStRL 32 (1974), S. 213; zurückhaltend. Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 64.
- 6) Fiedler, Funktion, S. 240. Das Vertrauensschutzprinzip kann ferner bei Unsicherheiten über die Handlungsform der Zusage im "Graubereich" zwischen den Handlungstypen Verwaltungsakt und Vertrag heranziehen sein, insbesondere von denen, die die Verbindlichkeit der Zusage ausschließlich aus ihrer angenommenen Rechtsnatur (als VA oder Vertrag) erklären; vgl. Fiedler, Funktion, S. 69 f.
- 7) Ebd., S. 31.
- 8) Ebd., S. 59 m.w.N. Fn. 309 (Im Recht der Zusage sei der Hang erkennbar, Rechtsprobleme durch Rückgriff auf Treu und Glauben zu lösen, wodurch eine sachgerechte Bewältigung... erschwert werde). Gegen eine vorbehaltlose Ableitung der Zusage aus dem Prinzip von Treu und Glauben Achterberg, DÖV 1971, 403; Hartz, Referat 44. DJT, D 29; Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 52 f.; Kimminich, JuS 1963, 269; Helmut Müller, Diss., S. 55 f.; Pfander, Diss., S. 12; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 221 ff.
- 9) BVerwG, ZBR 1966, 378; OVG Lüneburg, NJW 1967, 842; Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 68; vgl. auch amtl. Begr. zu § 38 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 60.
- 10) OVG Koblenz, ZBR 1956, 262 (263).

Der "eigentliche Lebensbereich" der Zusage liege in der Ermessensverwaltung¹⁾. Sie sei als "vorweggenommene Ermessensentscheidung" zu charakterisieren²⁾.

Teilweise wird die Zusage als eine Vorstufe³⁾ oder ein Regelungs-Minus⁴⁾ gegenüber dem Endakt aufgefaßt.

Solche Einzelaspekte mögen richtig sein; sie können jedoch nur bedingt dazu beitragen, das Gesamtbild der Zusage zu erfassen.

Soweit einige Autoren versuchen, einseitige Zusagen ohne vorherige Analyse der ihr zugrundeliegenden Situation und der dabei zutagetretenden Funktionen einzuordnen, müssen Bedenken gegen dieses Vorgehen angemeldet werden. Solche Definitionen beruhen regelmäßig auf einem "Vorverständnis" der Zusage, das einer sachgerechten Einordnung im Wege stehen kann. Konsequentermaßen arbeiten daher einige Autoren mit "vorläufigen" Definitionen oder verzichten ganz darauf, die Zusage abzugrenzen⁵⁾. Angesichts der Unergiebigkeit pauschaler Definitionen der Zusage⁶⁾ wirft Fiedler die Frage der generellen Brauchbarkeit allgemeiner Definitionen im Recht der Zusage auf⁷⁾.

Ohne die Zusage bereits definieren zu wollen, wird man sie zumindest in das rechtliche Vorstadium der "endgültigen" Verwaltungsentscheidung einordnen können⁸⁾. Dieser Entscheidung ist die Zusage nicht nur zeitlich vorgelagert, auf sie ist sie auch final ausgerichtet⁹⁾. Damit ist zugleich die besondere funktionale Zuordnung der Zusage im Hinblick auf die zugesagte Maßnahme angesprochen¹⁰⁾. Der erste Schritt auf dem Weg zur Einpassung der Zusage in das geltende System des Verwaltungsrechts liegt in dem Erkennen und Erarbeiten dieses funktionalen Zusammenhangs.

Die Forderung einer funktionalen Betrachtungsweise hat von Mutius¹¹⁾ zu Recht einer dogmatischen Einordnung verwaltungsrechtlicher Handlungsformen vorangestellt. Folgerungen für das Verständnis der Zusage lassen sich zuverlässig erst dann ziehen, wenn es gelingt, aus der Interessenkonstellation, die den Hintergrund jeder Zusage bildet, ihre Funktionen zu bestimmen¹²⁾. Daher sind nachfolgend zunächst die Wirkungsweisen der Zusage zu erarbeiten, bevor ihre dogmatische Verortung erfolgen kann.

1) Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 62 und Beschluß 44. DJT, D 107, C III, 1. Satz 2; Strotkamp, Diss., S. 53; vgl. dazu Fiedler, Funktion, S. 4 ff.

2) Obermayer, NJW 1962, 1468; Ossenbühl, DÖV 1972, 28; Weyreuther, DVBl. 1964, 895; vgl. auch Achterberg, DÖV 1971, 398.

3) Hubert Kellner, Diss. S. 103 f.

4) Achterberg, DÖV 1971, 404; ähnlich Helmut Müller, Diss., S. 41.

5) Pfander, Diss. S. 30; Hubert Kellner, Diss., S. 16 ff.; dazu Fiedler, AöR 105 (1980), S. 106.

6) Fiedler, ebd.; ders., Funktion, S. 105.

7) Reifenrath, Diss., S. 1.

8) Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 238, LS 15.

9) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 107; ders., Funktion, passim.

10) v. Mutius, FS Hans Wolff, S. 184 ff., 216.

11) Fiedler, Funktion, S. 95.

12) Fiedler, Funktion, S. 119.

II. Die Funktionen der Zusagen

1. Hemmungs- und Entlastungsfunktionen

Erste Funktionen der Zusagen ergeben aus ihrer Relation zum Vorgang des Planens, da sie Teil des komplexen Planungsprozesses sind. Die Bauleitplanung bedarf als Mittel der rechtlichen Gestaltung zukünftiger städtebaulicher Entwicklung der Offenheit und Flexibilität. Zusagen als planerische Festlegungen noch vor Abschluß des Planungsverfahrens wirken demgegenüber planungshemmend und können eine optimale Planung sogar behindern (Hemmungsfunktion)¹⁾.

Andererseits können dem Bauleitplanungsverfahren vorgeschaltete Zusagen für eine sachgerechte Planung und eine angemessene, effektive Realisierung dieser Planung unerlässlich sein²⁾. In diesem Sinne können Zusagen ein Teil des Planungsvorgangs selbst sein und damit planungserleichternd und -gewährleistend wirken (Entlastungsfunktion)³⁾.

Diese Entlastungsfunktion steht jedoch im Spannungsverhältnis zur Hemmungswirkung der Zusagen.

2. Kooperative Funktionen

Indem die Gemeinde die Erstellung eines Bebauungsplanes zusagt, befriedigt sie primär das wechselseitige Interesse nach vielfältiger Kooperation. Erst durch die Zusageerteilung wird der "Planungsverbund"⁴⁾ zwischen der Gemeinde und dem Bauinteressenten hergestellt, so daß die kooperative Funktion der Zusage in den Vordergrund rückt⁵⁾. Die Selbstbindung der Gemeinde bildet die Voraussetzung und das Ziel für kooperatives und koordiniertes Handeln beider Planungspartner⁶⁾.

Da eine Zusage der Gemeinde dem Interesse des einzelnen an Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit über die künftige städtebauliche Planung und damit über die Bebaubarkeit seines Grundstücks dient, befriedigt sie dessen Dispositionsinteresse⁷⁾. So kann er "seinerseits Entscheidungen - häufig mit erheblichem Aufwand an Kosten und Mitteln - treffen"⁸⁾.

1) BVerwGE 45, 309 (317).

2) Zur Entlastungsfunktion Fiedler, Funktion, S.120, 207, 212; zum Entlastungsbedarf auch Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S.202.

3) Redeker, JZ 1968, 542; Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S.196, 198.

4) Die Zusage erfüllt insoweit ein bislang "unerfülltes Bedürfnis nach kooperativen Regelungsformen"; dazu Krause, Rechtsformen, S.230; Gusy, DVBl. 1983, 1225.

5) Fiedler, Funktion, S.212.

6) Fiedler, Funktion, S.210; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S.229; Schetting, Rechtspraxis, S.320 f.;

Dispositionsinteresse stellt dabei nur eine Sammelbezeichnung für unterschiedlich gerichtete Einzelfunktionen dar; Fiedler, ebd., S.211.

7) BSG, NJW 1961, 1646 (1647); Krause, Rechtsformen, S.294.

8) Bachof, VerwR 1, § 45 II.b) 2. (S.367); Krause, ebd., S.290; Langkeit, 44. DJT, D 39, Pieper, VerwArch. 59 (1968), S.235.

Die Zusage bildet damit die Grundlage für rechtzeitiges, sinnvolles Disponieren des einzelnen; "auf solche Zusagen baut der Bürger - im wörtlichen Sinne"¹⁾. Zusagen sollen das Dispositionsinteresse befriedigen und Dispositionen als Grundlage dienen²⁾ (Zusagen als Kalkulationsgrundlage³⁾).

Der Ermöglichung privater Dispositionen korrespondiert auf Seiten der Gemeinde die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit auf die Verhaltenssteuerung des einzelnen⁴⁾. Aus der gegenseitigen Einwirkung auf die Verhaltensplanung resultiert ein koordiniertes Verhalten, das ausgerichtet ist auf das beiderseitige Ziel⁵⁾: die Erstellung eines Bebauungsplanes. Kennzeichnend für die Wirkungsweise der Bebauungsplanzusage ist somit die spezifische Gegenseitigkeit, das Element der Kooperation, das zugleich in vielen Einzelfunktionen erscheint:

So vermitteln Zusagen nicht nur einseitig dem Bürger Informationen; auch das Informationsbedürfnis der Gemeinde kann im Vorfeld der Zusageerteilung durch gegenseitigen Austausch von Informationen befriedigt werden (Informationswirkung)⁶⁾. Auf diese Weise können Informationsdefizite (beispielsweise der Gemeinde über private Investitionsplanungen) ausgeglichen und Irrtümer beseitigt werden⁷⁾.

Über die bloße Information hinaus wird der einzelne durch das Inausfertigen einer bestimmten Stadtbauplanung zur eigenen, projektorientierten Planung motiviert (Motivationswirkung)⁸⁾. Die Zusageerteilung bewirkt eine nach außen erkennbare "Selbstbindung" der Gemeinde, deren Auswirkung auf den Empfänger gesehen werden muß. Auch für ihn kann die Zusage Verhaltens- und Entscheidungsbindung bedeuten, sowohl im Sinn einer Motivationswirkung als auch im Sinn einer selbstauferlegten Verhaltensbindung⁹⁾. Die Planungszusage beeinflusst damit zu einem frühen Zeitpunkt - und daher besonders wirksam - private Planungen des Empfängers, womit ihre Wirkung als Instrument der Gestaltung und Steuerung individueller Planungen deutlich wird¹⁰⁾.

1) Ossenbühl, DÖV 1972, 29.

2) Fiedler, Funktion, S. 209; Kisker, VVDStRL 32 (1974), S. 153 ff., Schetting, Rechtspraxis, S. 321 (Das Dispositionsinteresse wird im gesamten öffentlichen Recht durch das Institut der Zusage befriedigt).

3) Helmut Müller, Diss., S. 28 m.w.N. Fn. 30; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 230 f.

4) Fiedler, Funktion, S. 211; vgl. auch Burmeister, DÖV 1981, 505 (Dispositionslenkung).

5) Dazu Fiedler, ebd., S. 170.

6) Fiedler, Funktion, S. 151 f.

7) Zum Informationsaustausch Fiedler, ebd., S. 211; vgl. auch Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), 236, LS 5.

8) Fiedler, Funktion, S. 152, 211 f. (Die Zusage als Mittel der Motivation, als besonderer Anreiz, als erstrebenswerte Gegenleistung für private Verhaltensplanung).

9) Fiedler, ebd., S. 154, 186, 212 (Bereits die Zusageerteilung führt zu entsprechend angepaßtem (Vor-)Verhalten des Zusageempfängers).

10) Dazu Fiedler, ebd., S. 120, 185, 187, 202, 207, 212 (Zusage als In-

Die Zusageerteilung lenkt nicht nur das Verhalten des einzelnen, sie stellt zugleich eine Sonderform der Partizipation eines Entscheidungsbetroffenen an der Entscheidungsfindung dar¹⁾. Wird der Bauwillige durch die Erteilung einer Zusage faktisch in den Planungsprozeß eingebunden, so kann dies zur Beschleunigung des Entscheidungsvorgangs²⁾ und zur Optimierung des Entscheidungsergebnisses³⁾ beitragen, womit die Effizienz des Planungsverfahrens gesteigert werden kann. Tritt mit der Selbstbindung der Gemeinde eine gewisse Bindung des Zusageempfängers ein, so kann dies die Annahme der Planung durch den Bürger und damit die Realisierung der Planungsentscheidung sichern helfen. Insoweit gewährleisten Zusageerteilungen eine Entlastung des Planungsträgers⁴⁾.

3. Resümee

Zusagen stehen in einem vielschichtigen Verhältnis zur Planung, die sie sowohl hemmen wie erleichtern können. Da sie Dispositionen des Empfängers ermöglichen, andererseits sein Verhalten motivieren, steuern und gestalten, kommen sie der Interessenlage sowohl des Bauwilligen wie auch der Gemeinde entgegen.

Soweit sie beider Verhalten binden und final koordinieren, stellen Zusagen ein geeignetes Instrument zur kooperativen Bewältigung der Planungsprobleme dar⁵⁾. Damit befriedigen sie das grundsätzliche Bedürfnis nach Kooperation, das als Schnittpunkt der Interessenlage der Gemeinde und des Bauinteressenten festgelegt werden konnte, so daß die Existenz dieser Handlungsform in der Praxis verständlich wird. Ihre Funktionen weisen die Zusagen als geeignete Form eines innigen Planungs- und Durchführungsverbundes aus⁶⁾.

III. Die Rechtsnatur der Zusagen

Nachdem die dargestellten Funktionen Aufschluß über das Charakteristische dieser Handlungsform gegeben haben, stellt sich das Problem der Rechtsnatur einseitiger und vertraglicher Zusagen.

strument der Lenkung und Beeinflussung); i.d.S. auch Brohm, VVDStRL 40 (1982), 274; Burmeister, DÖV 1981, 505; Kisker, VVDStRL 32 (1974), S. 163 ff.

- 1) Fiedler, ebd., S. 207, 213.
- 2) Ebd., S. 183, 185, 212.
- 3) Ebd., S. 202, 212.
- 4) Die Entlastungsfunktion kann sich in der Entlastung des Entscheidungsprozesses wie auch in der Sicherung der Entscheidungsverwirklichung zeigen; vgl. Fiedler, ebd., S. 212.
- 5) Zugleich schwindet bei kooperativer Aufgabenbewältigung die klare Abgrenzbarkeit öffentlicher und privater Interessen, da sich beide Interessen verbinden. Ein Verständnis der Zusage als alleiniger oder überwiegender Begünstigung des Zusageempfängers (Krause, Rechtsformen, S. 297; Pfander, Diss., S. 346) ist daher fehl am Platze; Fiedler, ebd., S. 182, 185, 202; vgl. auch Bullinger, DÖV 1977, 819).
- 6) Hoffmann-Riem (VVDStRL 40 (1982), S. 198) weist auf vielfältige Formen solcher Planungs- und Durchführungsverbunde hin.

1. Die einseitige Zusage

Der Beschluß des 44. Deutschen Juristentages hatte die Frage der Rechtsnatur für die einseitige Zusage noch ausdrücklich offengelassen¹⁾. Um die Rechtsnatur ist seither heftig gestritten worden, ohne bislang befriedigend geklärt zu sein²⁾. Überwiegend wird heute in der einseitigen Zusage ein Verwaltungsakt gesehen³⁾.

Teilweise wird dies bereits aus der Normierung der Zusicherung in § 38 VwVfG geschlossen. Die Frage der Rechtsnatur sei durch den Gesetzgeber zugunsten des Verwaltungsaktes entschieden worden.

Die Norm erfaßt jedoch nur die Zusicherung, eine auf Erlaß oder Unterlassen eines Verwaltungsaktes gerichtete Zusage⁴⁾. Andere, nicht verwaltungsaktsgerichtete Zusagen⁵⁾ erfahren keine Regelung durch § 38 VwVfG. Im übrigen erklärt Abs. 2 die Regeln über den Verwaltungsakt für die Zusicherung nur für entsprechend anwendbar. Der Gesetzgeber hat mit dieser Formulierung keine Aussage über die Rechtsnatur der

- 1) 44. DJT, D 106, Beschl. C I "Die Frage der rechtlichen Gestaltung (z.B. Verwaltungsakt, mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag) kann gegenwärtig und generell nicht beantwortet werden".
- 2) Amtl. Begr. zu § 38 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 59; vgl. auch Heberlein, Auswirkungen, S. 139; Niedermaier, BayVBl. 1965, 402; Ossenbühl, JuS 1979, 684; Reifenrath, Diss., S. 1; a.A. Püttner, JA 1975, ÖR 109.
- 3) BSGE 25, 219 (220); Achterberg, DÖV 1971, 399; Hartz, Referat 44. DJT, D 19; Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 53, 55 f.; Kimminich, JuS 1963, 272; Lorenz, VSSR 1975, 272; Franz Mayer, JZ 1964, 678; Helmut Müller, Diss., S. 27 ff.; Obermayer, NJW 1962, 1467; ders., Grundzüge, S. 101; Pettenkofer, Diss., S. 6 ff.; Pfander, Diss., S. 346 ff.; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 246 f.; Püttner, ebd.; Reifenrath, Diss., S. 60 ff.; Rohwer-Kahlmann, DVBl. 1962, 624 f.; Schier, VerwR, Rn. 666; Strotkamp, Diss., S. 25 ff.; v. Voigt, Diss., S. 29 ff.; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 47 f.; w.N. bei Krause, Rechtsformen, S. 291; Walter Schmidt, JuS 1973, 529 f.; für die Zusicherung Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 Rn. 27 b; Heberlein, Auswirkungen, S. 140 ff.; Kopp, VwVfG, § 38 Rn. 6; ders., VwGO, § 42 Anh. Rn. 73; Lange, WiVerw. 1979, 29; ders., Jura 1980, 467; Meyer, VwVfG, § 38 Rn. 1 u. 9; Obermayer, FS Theodor Maunz, S. 250 f.; ders., VwVfG, § 38 Rn. 34; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 42 Anm. 57; Schwarze, VwVfG, § 38 Rn. 3.3.; Stelkens, VwVfG, § 38 Rn. 3 f.; Wipfelder, BayVBl. 1976, 428; a.A. BVerwG, DVBl. 1966, 857 (859); BSG, NJW 1961, 1446; Bachof, VerwR I, § 45 II b 2 (S. 367); Erichsen/Martens, VerwR, § 11 II 4; Fiedler, AöR 105 (1980), S. 105 ff.; Haueisen, NJW 1961, 1904 f.; ders., DVBl. 1963, 813; Maiwald, BayVBl. 1977, 452; Menger/Erichsen, VerwArch. 59 (1968), S. 169 f.; Ule/Laubinger, VwVfR, § 49 I (S. 242); Ossenbühl, JuS 1979, 684; Wallerath, VerwR, § 8 II 1; Weides, Verwaltungsverfahren, S. 10 Fn. 15.
- 4) Die Zusicherung stellt demnach nur einen Unterfall der Zusage dar; Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 85; a.A. Maiwald, BayVBl. 1977, 450, der die Zusicherung als Oberbegriff versteht.
- 5) Zu anderen Zusagen vgl. Baumanns, Verfahrensrecht, S. 9; Maiwald, BayVBl. 1977, 450; Maurer, JuS 1976, 491; Redeker, DVBl. 1973, 745; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 41 f.

Zusicherung treffen wollen¹⁾). Der Wortlaut der Norm läßt die Entscheidung über die Rechtsnatur der Zusicherung offen, so daß die Frage der Rechtsnatur auch nach der Normierung des § 38 VwVfG ungeklärt bleibt²⁾.

a) Die Regelung durch Zusage

Unstreitig stellt die Zusage eine behördliche Einzelfallmaßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen dar; umstritten ist daher allein der Regelungscharakter der Zusage³⁾. Eine Regelung ist die einseitige, verbindliche Gestaltung eines Lebenssachverhalts, durch die Rechte begründet, aufgehoben, beeinträchtigt, geändert, verbindlich festgelegt oder verneint werden⁴⁾. Während die einen den verpflichtenden Charakter der Zusage betonen und darin die Regelung sehen⁵⁾, stellen andere darauf ab, daß die Zusage eine zukünftige Regelung erst in Aussicht stelle, also selbst noch keine Regelung enthalte⁶⁾.

Bindung durch Zusage bedeutet Verhaltensbindung besonderer Art, die sich auf das Verhalten des Empfängers auswirkt⁷⁾. Sollen der Erklärung die Funktionen der Zusage zukommen, soll sie Dispositionen des Empfängers ermöglichen, so setzt dies eine verbindliche Entscheidung der Behörde voraus. Nur durch eine aktuelle, verbindliche Entscheidung ist eine erteilte Zusage für den Empfänger verlässlich; nur durch eine ver-

-
- 1) Amtl. Begr. zu § 38 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 59 ("ohne daß hiermit über die Rechtsnatur der Zusicherung selbst eine Aussage getroffen zu werden braucht"). Der Norm kommt daher nicht die klarstellende Funktion zu, die Schier (VerwR, Rn. 666) ihr zumißt.
 - 2) Badura, FS Boorberg Verlag, S. 215; Kopp, VwVfG, § 38 Rn. 1; Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 89 f.; Maiwald, BayVBl. 1977, 452; Maurer, VerwR, § 9 Rn. 60; ders., JuS 1976, 491; Palauro, Diss. S. 80; Schimpf, Vertrag, S. 263; Schmidt-Glaeser, FS Boorberg Verlag, S. 34 Fn. 98.
Aus § 38 Abs. 1 S. 2 VwVfG läßt sich daher ebenso wenig die Auffassung entnehmen, die Zusicherung sei kein VA (so aber Erichsen/Martens, VerwR, § 11 II 4; Wallerath, VerwR, § 8 II 1 m.w.N.; Weides, Verwaltungsverfahren, S. 11 Fn. 15); zutreffend Heberlein, Auswirkungen, S. 141.
 - 3) Krause, Rechtsformen, S. 291 m.w.N.; Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 89; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 247; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 47.
 - 4) BVerwGE 36, 192 (194); Bachof, VerwR I, § 46 V a; auf das Tbm. "Regelung" zur Definition eines VA verzichtet Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 286.
 - 5) Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 53; Reifenrath, Diss., S. 60 ff.; Rohwer-Kahlmann, DVBl. 1962, 624 f.; Tipke, StuWi. 1962, Sp. 704; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 47 f.
 - 6) Bachof, VerwR I, § 45 II b (S. 367, bloßer Hinweis auf zukünftige Regelung); Hauelsen, NJW 1961, 1904; ders., DVBl. 1961, 835; ders., DVBl. 1963, 813; Langkeit, 44. DJT, D 44; Monreal, Auskünfte, S. 53; Ossenbühl, JuS 1979, 684; Pieper, VerwArch. 59 (1968), 247; BVerwG, NJW 1961, 1882 (1883); DVBl. 1966, 857(859); BSG, NJW 1961, 1446.
 - 7) Fiedler, Funktion, S. 230.

läßliche Entscheidung läßt sich sein Dispositionsinteresse befriedigen. Eine Regelung ergeht auch nach dem Willen der Behörde, da sich nur so die beabsichtigte Motivations- und Steuerungswirkung der Zusage erzielen läßt. Damit liegt keine unverbindliche, sondern eine verbindliche Entscheidung vor, die dem formalen Abschluß des Verfahrens vorgelagert ist.

Verpflichtet sich die Gemeinde durch eine Zusage, so trifft sie eine Entscheidung über ihr zukünftiges Verhalten und räumt dem Empfänger einen Anspruch auf das zugesagte Verhalten ein¹⁾. Da somit Rechte begründet werden, stellt die Zusage eines Bebauungsplanes – wie jedes verbindliche Leistungsversprechen²⁾ – eine Regelung dar³⁾.

Soweit eine Regelung unter Hinweis auf die Vorläufigkeit der Zusage im Unterschied zur Endgültigkeit der zugesagten Maßnahme abgelehnt wird⁴⁾, mangelt der Argumentation die erforderliche Differenzierung zwischen der gegenwärtigen Verbindlichkeit und der Bindungswirkung für die Zukunft. Selbst wenn die Zusage als eine der Schlußentscheidung vorgelagerte Entscheidung ein geringeres Maß an zukünftiger Bindungswirkung aufweist, so ist damit keine Aussage über den aktuellen Regelungscharakter der Erklärung getroffen. Wird eine behördliche Erklärung aufschiebend bedingt, befristet oder unter Vorbehalt erteilt und die Bindungswirkung somit begrenzt, so ist ebensowenig an ihrer Regelungswirkung zu zweifeln⁵⁾.

Damit erfüllt die einseitige Zusage zwar das Tatbestandsmerkmal der Regelung, gleichwohl ist eine Qualifizierung als Verwaltungsakt infolge der reduzierten Bindungswirkung unbefriedigend:

b) Die verminderte Bindungswirkung der Zusage

Während ein Verwaltungsakt die erteilende Behörde grundsätzlich auch für die Zukunft bindet, wird durchgängig auf die besondere Anfälligkeit der Zusage gegenüber Sach- und Rechtsänderungen und damit auf ihre verminderte Bindungswirkung hingewiesen. Obwohl § 38 VwVfG nur ein begrenzter Aussagewert für den Gesamtbereich der Zusage zukommt, stellt Abs. 3 der Norm eine Festschreibung der bis dahin entwickelten und insoweit auch außerhalb der Zusicherung für Zusagen geltenden ungeschriebenen Grundsätze des Verwaltungsrechts dar⁶⁾:

1) Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 89.

2) Krause, Rechtsformen, S. 291; Reifenrath, Diss., S. 61 (Verpflichtungserklärungen enthalten stets eine Entscheidung).

3) Ausführliche Begründung einer Regelung bei Helmut Müller, Diss., S. 27 ff.; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 247 ff.; Rohwer-Kahlmann, DVBl. 1962, 624; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 47 ff.; vgl. auch Wernicke, 44. DJT, D 75 (vorweggedachte Entscheidung).

4) BVerwG, DVBl. 1966, 857 (859): Die Zusage habe "wegen ihres in die Zukunft wirkenden Wesens eine vorläufige Vorwegnahme einer Regelung zum Gegenstand"; sie sage aus, "was in Zukunft geregelt werden soll".

5) Krause, Rechtsformen, S. 291; Rohwer-Kahlmann, DVBl. 1962, 624; vgl. auch Reifenrath, Diss., S. 61.

6) Vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 59.

"Ändert sich nach Abgabe der Zusicherung die Sach- oder Rechtslage derart, daß die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherung nicht gegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen, ist die Behörde an die Zusicherung nicht mehr gebunden"¹⁾.

Mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG²⁾ wird die Normierung damit begründet, daß die Zusicherung als ein in die Zukunft gerichteter Akt seiner Natur nach unter der "clausula rebus sic stantibus" stehen müsse³⁾. Selbst wenn noch zu klären sein wird, ob die Argumentation aus dem Rechtsinstitut der "clausula rebus sic stantibus" zutreffend ist⁴⁾, läßt sich jedenfalls die einhellige Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum feststellen, der Zusage komme per se nur eine verminderte Bindungswirkung zu⁵⁾.

Wird die bindende Kraft der Zusage nicht wie bei Verwaltungsakten im Einzelfall durch Rücknahme und Widerruf, sondern prinzipiell eingeschränkt, entstehen Zweifel an ihrer Verwaltungsaktqualität. Zu Recht stellt Fiedler daher fest, die Zusage sei "gemessen an der Bindungswirkung 'gewöhnlicher' Verwaltungsakte nicht nur eine Variante, sondern ein aliud"⁶⁾. Deshalb bleibt fraglich, was mit einer Einordnung der Zusage als Verwaltungsakt gewonnen ist, wenn gleichzeitig auf die gegenüber anderen Verwaltungsakten geringere Bindungswirkung hingewiesen werden muß⁷⁾.

Stellt sich ferner heraus, daß auch für die Regelung des Zusageverfahrens nicht uneingeschränkt auf die Vorschriften für Verwaltungsakte verwiesen werden kann, sondern spezielle Verfahrensregelungen erforderlich sind⁸⁾, so verstärken sich die Zweifel an der Brauchbarkeit einer Qualifizierung der Zusage als Verwaltungsakt.

1) § 38 Abs. 3 VwVfG.

2) BVerwGE 20, 292.

3) Amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 60.

4) S. 4. Kap. I. 1.

5) Achterberg, DÖV 1971, 400, 405 f.; dazu ausführlich Fiedler, Funktion, S. 173 ff., 257 ff., 267 (besonderes Bedürfnis in Rspr. und Schrifttum, die rechtliche Konstanz der Zusage von vornherein zu relativieren); teils auch mit dem Hinweis auf die "aufschiebende Bedingung", unter der die Zusage ihrem Wesen nach steht; Helmut Müller, Diss., S. 31; Rohwer-Kahlmann, DVBl. 1962, 625; Strotkamp, Diss., S. 42 ff.; v. Voigt, Diss., S. 33 f.

6) Fiedler, Funktion, S. 268.

7) Ebd., S. 94; i.d. Richtung auch Hauelsen, DVBl. 1963, 813 f. Fn. 1; a.A. Heberlein, Auswirkungen, S. 142 (Die Heranziehung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage werde die Verwaltungsrechtsdogmatik nicht von der Bestimmung der Rechtsnatur der Zusicherung als Verwaltungsakt abhalten).

8) Vgl. für die Zusicherung § 38 Abs. 1 VwVfG.

c) Die Zusage als eigenständige Handlungsform

Soweit sich der Versuch einer pauschalen Zuordnung der einseitigen Zusage zu den bekannten verwaltungsrechtlichen Handlungsformen als unergiebig erweist¹⁾, stellt sich zugleich die Frage nach einer "prinzipiellen Öffnung des horizontal typisierenden Dualismus von Verwaltungsakt und Vertrag"²⁾.

Otto Mayers Verdienst ist es, eine gewisse Ordnung in die Vielfalt der empirisch erfaßbaren Erscheinungsformen verwaltungsrechtlichen Handelns gebracht zu haben. Die von ihm entwickelten Begriffe und Institute sind sowohl von der Lehre und Rechtsprechung aufgegriffen, als auch von der Gesetzgebung übernommen worden; sie haben sich weitgehend bis heute gehalten³⁾. Sein verwaltungsrechtliches System mit dem Verwaltungsakt als zentraler Figur⁴⁾ wurde seit Mitte der 60er Jahre zunehmend kritisiert⁵⁾. Gleichzeitig wurde die Forderung erhoben, neue, längst praktizierte Handlungsformen dogmatisch aufzuarbeiten.

Die Anerkennung des öffentlich - rechtlichen Vertrages⁶⁾ und seine Kodifizierung stellen insoweit zwar einen Fortschritt dar; zugleich wurde mit der in § 9 VwVfG vorgenommenen Ausrichtung an Verwaltungsakt und Vertrag⁷⁾ dieser Typendualismus festgeschrieben. Weitgehend unerfüllt bleibt daher die Forderung Bachofs⁸⁾, andere Institute und Handlungsformen zu entwickeln und auszubauen, derer das Verwaltungsrecht bedarf, um allen Aufgaben der Verwaltung gerecht zu werden⁹⁾. Hierin bezog er "die Zusage, die als Verwaltungsakt zu werten keineswegs überzeugend" sei¹⁰⁾, ausdrücklich ein.

Erste Ansätze dazu, die Zusage als eigenständige Handlungsform aufzufassen, finden sich vereinzelt in Rechtsprechung und Lehre:

-
- 1) So auch Palauro, Diss., S. 101.
 - 2) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 105.
 - 3) Bachof, VVDStRL 30 (1972), S. 203.
 - 4) Vgl. Otto Mayer, VerwR I, S. 93; dazu Bachof, Wege, S. 247; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 253 f.; Erichsen/Martens, VerwR, § 11 I (S. 158).
 - 5) So Bachof, VVDStRL 30 (1972), S. 231 f.; Badura, DÖV 1966, 629 ff.; ders., DÖV 1968, 452; dazu Bachof, Wege, S. 249.
 - 6) Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 76 ff. und die Bemerkung Bullingers, "die Schlacht um den öffentlich-rechtlichen Vertrag sei verloren" (nach Büchner, DVBl. 1978, 104).
 - 7) Vgl. amtl. Begr. zu § 9 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 42.
 - 8) VVDStRL 30 (1972), S. 232, 243; Wege, S. 321.
 - 9) Ebenso Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 311, erneut ders., VVDStRL 40 (1982), S. 274 (daß unsere Dogmatik...neuere Entwicklungen in der Praxis nicht beachtet, geschweige denn dogmatisch aufarbeitet); vgl. auch Krause, Rechtsformen, S. 235 ff.
 - 10) Bachof, VVDStRL 30 (1972), S. 232, ebenso Schmidt-Glaeser, FS Boorberg Verlag, S. 34.

Beim 44. Deutschen Juristentag sah Langkeit¹⁾ in ihr eine "Rechtshandlung eigener Art"²⁾). Kellner³⁾ sprach von der Zusage als "selbständiger öffentlich-rechtlicher Figur" oder "eigenständiger Rechtsfigur" und Ipsen⁴⁾ charakterisierte sie als "autonomes Institut". Später ließ Ossenbühl⁵⁾ zunächst die Frage offen, ob die Zusage eine Rechtsform "sui generis" sei, bevor auch er in ihr eine eigene Handlungsform erkannte⁶⁾. Grundlagen für ein neues Verhältnis des "Instituts" Zusage und seiner "rechtlichen Eigenart" legte Fiedler⁷⁾ durch seine Analyse insbesondere der Funktionen der Zusage. Auf dieser Erkenntnis baute schließlich Palauro⁸⁾ auf, der die Zusage als eigenes Rechtsinstitut, als verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis eigener Art klassifizierte.

Als Ansatz in diese Richtung kann ebenso die beharrliche Weigerung des BVerwG gewertet werden, sich in der Frage der Rechtsnatur der Zusage endgültig festzulegen⁹⁾. Das Gericht unterschied sowohl zwischen Vertrag und Verwaltungsakt als auch zwischen vertraglichem Leistungsversprechen und Zusage¹⁰⁾. Auch der BGH¹¹⁾ vermied eine Qualifizierung der Zusage als Verwaltungsakt oder Vertrag.

In der amtlichen Begründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes¹²⁾ werden neben Verwaltungsakten und Verträgen "eine ganze Reihe weiterer Rechtsformen" anerkannt, "die im Entwurf nicht gesondert geregelt sind", insbesondere die unter dem Oberbegriff "Verwaltungsvorakt" zusammengefaßten Rechtsformen, deren "Rechtsentwicklung und dogmatische Verfestigung" noch nicht abgeschlossen sei. "Das Rechtsinstitut"¹³⁾ der Zusage hat tatsächlich im System des deutschen Verwaltungsrechts noch keinen sicheren Platz gefunden¹⁴⁾. Zusagen finden sich in verschiedenen Bereichen, insbesondere im Beamten-¹⁵⁾, Bau-¹⁶⁾ und Subventionsrecht¹⁷⁾, im Steuer-¹⁸⁾ und Sozial-

1) 44. DJT, D 42.

2) So auch Reifenrath, Diss., S. 1.

3) Referat 44. DJT, D 55 f.

4) 44. DJT, D 79.

5) DÖV 1972, 28.

6) Ossenbühl, JuS 1979, 684.

7) Funktion, XX und passim; AöR 105 (1980), S. 103 ff.

8) Diss., S. 103.

9) Dazu Fiedler, Funktion, S. 125.

10) BVerwG, DVBl. 1976, 217 (218).

11) NJW 1978, 1802 (1803) = DVBl. 1978, 798 (799) = BGHZ 71, 386 (389).

12) BT-Drs. 7/910, S. 41.

13) Amtl. Begr. zu § 38 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 59.

14) Fiedler, Funktion, S. 63.

15) Dazu Bullinger, Zusagen; Grellert, Zusicherungen; Herzig, Diss.; Pfander, Diss., S. 146 ff.; Strotkamp, Diss., S. 64 ff.

16) Dazu Pfander, Diss., S. 203 ff.

17) Dazu Henke, Recht S. 141 f.; Schetting, Rechtspraxis, S. 319 ff.

18) Dazu Hoepffner, Diss., S. 69 ff.; Monreal, Auskünfte; Helmut Müller, Diss.; Pfander, Diss., S. 31 ff.; Strotkamp, Diss., S. 76 ff.; v. Voigt, Diss.

recht¹⁾. Auch an gesetzlichen Regelungen in Einzelbereichen fehlt es nicht²⁾. Das Gesamtbild der Zusage ist jedoch nicht gleichmäßig dicht erschlossen³⁾.

Die Erarbeitung der Zusage als eigenständiger Handlungsform folgt dabei einem von Hugo Kellner⁴⁾ aufgezeigten Entwicklungsgang. Auf seiner ersten Stufe wurden insbesondere die Zulässigkeit und Verbindlichkeit von Zusagen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Gestalt des Vertrauensschutzprinzips gefolgert⁵⁾. Auf der zweiten Stufe erfolgte die Zuordnung zu den bekannten Handlungsformen. Aus Gründen des pragmatisch-prozessualen und der Systemanpassung wurde die Erarbeitung auf die Frage "Verwaltungsakt oder nicht?" reduziert⁶⁾. Erst nach Anerkennung der neuartigen Handlungsform "Zusage" als solcher stellt sich dann auf der dritten Stufe die Frage ihrer sachgerechten Ausgestaltung⁷⁾.

Diese Fragestellung für die Zusage einheitlich beantworten zu wollen, "erscheint angesichts der Mannigfaltigkeit der Zwecke und der Verschiedenartigkeit des Rechtsgebiets, dem diese Äußerungen angehören, nicht möglich, sondern läßt sich nur den Umständen des Einzelfalls entnehmen"⁸⁾. So folgt - auch aus den Schwierigkeiten ihrer Zuordnung zu den traditionellen Handlungsformen - die Notwendigkeit einer weitgehenden Differenzierung der Zusagen nicht nur nach Einzelbereichen des "besonderen Teils", sondern innerhalb dieser Bereiche nach bestimmten, schwer generalisierbaren Verwaltungsabläufen⁹⁾.

Bereits die bisherige Analyse hat die funktionalen Besonderheiten sowohl der Zusage im allgemeinen als auch der Bebauungsplanzusage im besonderen gezeigt. Diese problembezogene Einzeluntersuchung¹⁰⁾ ist daher nachfolgend fortzusetzen, um weiteren Aufschluß über die rechtliche Eigenart der Bebauungsplanzusage zu gewinnen¹¹⁾. Erst auf der Grundlage dieser und anderer Einzeluntersuchungen kann durch "mosaikartiges Zusammenfügen"¹²⁾ von Zusagen der verschiedenen (Zusage-)

1) Dazu BSGE 14, 104 (106 f.); 23, 248 (252); 38, 50 (52 f.); vgl. auch 18, 270 (273); 25, 219 (220 f.) zu Auskünften.

2) Beispielsweise § 183 BBG, § 23 ZolIG.

3) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 105.

4) Referat, 44. DJT, D 54; aufgenommen von Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 182.

5) Heute stellt sich dagegen die Frage, "ob die Zusage nicht über diesen Zustand ihrer Genese aus der Generalklausel hinausgewachsen ist und sich infolgedessen auch nicht mehr im Rahmen der Generalklausel begreifen läßt"; Fiedler, Funktion, S. 64.

6) Fiedler, AöR 105 (1980), S. 106.

7) Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 182. Die heutige Fragestellung konkretisiert Häberle, VVDStRL 40 (1982), S. 279.

8) Stern, BayVBl. 1957, 87.

9) Fiedler, Funktion, S. 94.

10) Ebd., S. 98.

11) Insbesondere ist zu klären, welcher Sachverhalt durch die Bebauungsplanzusage gekennzeichnet werden soll (vgl. Schetting, Rechtspraxis, S. 320) und ob die gesetzliche Regelung überhaupt Raum für eine Zusage läßt (vgl. Fiedler, AöR 105 (1980), S. 107).

12) Fiedler, Funktion, S. 98.

Bereiche ein Gesamtbild der einseitigen Zusage als eigenständige Handlungsform entworfen werden, eine Aufgabe, die den Rahmen dieser Arbeit jedoch überschreiten würde.

2. Die vertragliche Zusage

Der Begriff der "vertraglichen Zusage"¹⁾ findet sich weder in den Verwaltungsverfahrensgesetzen noch in anderen Normen des öffentlichen Rechts. Unter diesem Begriff soll eine hoheitliche Selbstverpflichtung zu späterem Tun oder Unterlassen verstanden werden, die Rahmen eines Vertrages abgegeben wird²⁾ und ihre Verbindlichkeit aus dem Vertrag schöpft³⁾. Die Grundsätze der vertraglichen Zusage sind deshalb aus denen des Vertragsrecht zu erschließen⁴⁾.

Während das klassische Verwaltungsrecht die Möglichkeit vertraglicher Regelungen zwischen dem Hoheitsträger und dem Bürger im Bereich des öffentlichen Rechts ausschloß⁵⁾, verstärkte sich seit dem Jahr 1958⁶⁾ die Auffassung, der öffentlich-rechtliche Vertrag sei als Rechtsform staatlichen Handelns gegenüber dem Bürger grundsätzlich zulässig. Dieser Auffassung folgt § 54 S.1 VwVfG, der die Frage der Zulässigkeit dem vorherigen Meinungsstreit entzogen hat⁷⁾. Die Norm enthält zugleich eine Legaldefinition:

Um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt es sich, wenn "ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts" durch einen Vertrag "begründet, geändert oder aufgehoben" wird. Der Vertrag ist gekennzeichnet durch die von zwei oder mehreren Rechtssubjekten herbeigeführte Übereinstimmung von korrespondierenden Willenserklärungen, die mit Beziehung aufeinander abgegeben werden und auf die Herbeiführung rechtlicher Wirkungen gerichtet sind, die also eine rechtliche Beziehung zwischen den Parteien begründen, ändern oder aufheben sollen⁸⁾. Wesensmäßiges Element des Vertrages ist damit die Willens-

1) OVG Münster, DVBl. 1973, 696 (697) vertragliche Zusicherung; BVerwG, DVBl. 1976, 217 (218 f.) vertragliches Leitungsversprechen; BGH, NJW 1978, 1802 (1803) Zusagevertrag; Bullinger, DÖV 1977, 814. Den Begriff hält Fiedler (Funktion, S. 125) für in hohem Maße mißverständlich.

2) Vgl. BVerwGE 49, 359 ff.; Altenmüller, DÖV 1977, 34; Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 10; Schier, VerwR, Rn. 665; a.A. Pfander, Diss., S. 323 ff. (Zusagen in Vertragsform seien unzulässig).

3) Fiedler, Funktion, S. 125.

4) Diese Zusage folgt den Regeln des verwaltungsrechtlichen Vertrages; so Bachof, VerwR I, § 45 II b (S. 367); Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 169 m.w.N. Fn. 60; vgl. ferner BVerwGE 49, 359 ff.; OVG Münster, DVBl. 1976, 696.

5) Wallerath, VerwR, § 8 III 1.

6) In diesem Jahr erschienen die grundlegenden Arbeiten von Imboden, Vertrag; Salzwedel, Grenzen; Stern, VerwArch. 49 (1958), S. 106 ff.

7) Zum Meinungsstand vor Inkrafttreten des VwVfG vgl. a.mtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 78 m.w.N.

8) Ähnlich bereits Apelt, AöR 84 (1959), S. 253; Beinhardt, VerwArch. 55 (1964), S. 249; Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 11; Friauf, AöR 86 (1961), S. 267; Martens, AöR 89 (1964), S. 447; Salzwedel, Grenzen, S. 30; Schimpf, Vertrag, S. 29 f.

einigung¹⁾.

Um vertraglichen Charakter zu haben, müssen die Erklärungen der Beteiligten auf rechtliche Verbindlichkeit abzielen. Die Parteien müssen den Willen haben, eine Rechtsbindung einzugehen. Freiwillige Kooperation hinsichtlich der Bauleitplanung allein stellt daher noch kein vertragliches Handeln dar²⁾. Soll der Kooperation Vertragsbindung zukommen, müssen die Beteiligten ihren Willen zur Vertragsbindung äußern³⁾.

Mit der Normierung hat der Gesetzgeber jedoch nicht nur den Vertrag als zulässige Handlungsform anerkannt, mit § 54 S. 2 VwVfG hat er ferner vertragliches Handeln gleichberechtigt einseitig hoheitlichem Handeln zur Seite gestellt. Eine Zusage als hoheitliche Selbstverpflichtung kann danach nicht nur einseitig, sondern ebenso in Vertragsform erteilt werden⁴⁾.

Diese im Rahmen einer Willeneinigung abgegebene Verpflichtungserklärung steht im gleichen Verhältnis zur zugesagten Maßnahme wie eine einseitige Zusage, sie wirkt als Zusage. Der Erklärung der Gemeinde allein kommt bei der vertraglichen Zusage aber noch keine Rechtsfolgen auslösende Wirkung zu⁵⁾; sie ist bloße Willenserklärung zum Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Die vertragliche Zusage gewinnt ihre Verbindlichkeit also erst aus der Vereinigung der Willenserklärungen, aus dem Vertrag.

IV. Abgrenzungen

1. Einseitige und vertragliche Zusagen

Während die einseitige Zusage ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, das durch alleinige Erklärung der Behörde zustande kommt, ergeht die vertragliche Zusage im Rahmen eines Vertrages, der ein auf zwei- oder mehrseitiger Willeneinigung beruhendes Rechtsgeschäft darstellt⁶⁾. Selbst wenn diese Abgrenzung auf den ersten Blick klar und unproblematisch erscheint, können im Einzelfall erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen.

1) Palandt/Heinrichs, BGB 1 a vor § 145.

2) Eine andere Frage ist, ob kooperative Zwischenformen des Verwaltungshandelns über den Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda" gelöst werden können; vgl. dazu Burmeister, Verw. 1969, 31; Forstthoff, Planung III, S. 37; Hans Peter Ipsen, Planung II, S. 105; ders., FS Ernst Huber, S. 234 f.; vgl. ferner Krüger, Staatslehre, S. 616; Redeker, JZ 1968, 542; Oldiges, Grundlagen, S. 147 ff.; Ossenbühl, DÖV 1972, 35; v. Simson, Planung I, S. 417 f.; ablehnend Fiedler, Funktion, S. 126 f. Fn. 135.

3) Schimpf, Vertrag, S. 31.

4) Püttner, JA 1975, ÖR 110.

5) Kottke, Diss., S. 61; Imboden, Vertrag, S. 38 f.; Öhlinger, Problem, S. 60 f.; Schimpf, Vertrag, S. 35.

6) Schier, VerwR, Rn. 665.

Dieses Abgrenzungsproblem ist durch das Erfordernis der Schriftform nach § 57 VwVfG für verwaltungsrechtliche Verträge auch nicht obsolet geworden, da die Schriftform ebenso Wirksamkeitsvoraussetzung für bestimmte einseitige Zusagen ist¹⁾. Eine Urkunde kann im übrigen als schriftliche Zusammenfassung zweier einseitiger, nicht vertraglicher Erklärungen aufzufassen sein. Ebenso gut kann die Erklärung des Bürgers die schriftliche Zustimmung zu einseitigem, hoheitlichen Verwaltungshandeln darstellen²⁾.

Die klaren Fronten zwischen einseitigem und vertraglichem Verwaltungshandeln verschwimmen insbesondere, je stärker der Einfluß des Bürgers auf das Verwaltungsverfahren wird. Die Beteiligung des Bürgers kann sich intensivieren von formlosen Anregungen und förmlichen Anträgen, über Einverständniserklärungen und Zustimmungen bis zur tatsächlichen Einflußnahme³⁾ und zum Feilschen um eine Gegenleistung⁴⁾. Wird der Bürger an der Erteilung einer einseitigen Zusage beteiligt, so kann dies funktional einem Vertragsangebot oder dessen Annahme gleichkommen⁵⁾. Einseitige und vertragliche Zusagen können gleichermaßen auf der Willensübereinstimmung der Beteiligten beruhen⁶⁾. Die vertragliche Zusage ähnelt hier einer einseitigen Zusage (möglicherweise mit Nebenbestimmungen), die unter Berücksichtigung der Interessen des Erklärungsempfängers ergangen ist⁷⁾. Angesichts ihrer funktionalen Identität⁸⁾ und ihrer strukturellen Ähnlichkeit⁹⁾ verwischen sich zunehmend die klaren Grenzen zwischen einseitigen und vertraglichen Zusagen.

Eine Abgrenzung beider Handlungsformen nach dem Einfluß des Bürgers auf die inhaltliche Ausgestaltung¹⁰⁾ oder dem Grad seiner Beteiligung an der Rechtsfolgenfestsetzung muß daher ausscheiden¹¹⁾. Sein Einfluß kann beim einseitigen Hoheitshandeln groß, beim Vertrag dagegen ge-

-
- 1) Vgl. Schriftformerfordernis nach § 38 VwVfG. Eine Verletzung der Schriftform nimmt dem Vertrag auch nicht seinen Charakter, sondern bewirkt nur seine Unwirksamkeit; vgl. Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 13.
 - 2) Hans Meyer, VwVfG, § 54, Rn. 35; Kopp, ebd.
 - 3) Krause, Rechtsformen, S. 219.
 - 4) Bullinger, Vertrag, S. 255.
 - 5) Vgl. Krause, VerwArch. 61 (1970), S. 229 f. m.w.N.
 - 6) Martens, AöR 89 (1964), S. 449.
 - 7) v. Camphausen, DÖV 1967, 668; vgl. Menger, VerwArch. 52 (1961), S. 210.
 - 8) Horst Müller, Verw. 1977, 523 Fn. 41.
 - 9) Schimpf, Vertrag, S. 263; ähnlich Hans Meyer, NJW 1977, 1707 Fn. 28 (hohe Affinität der Zusage zum verwaltungsrechtlichen Vertrag). Insbesondere aufgrund der kooperativen Funktion auch der einseitigen Zusage sind weitgehend sachliche Gemeinsamkeiten festzustellen; Heberlein, Auswirkungen, S. 142.
 - 10) Vgl. OVG Münster, DÖV 1967, 271; OVG Saarland, DÖV 1959, 708 (709 f.) mit Hinweis auf Ipsen, Subventionierung, S. 70, 91; ferner Bisek, Diss., S. 15; Kottke, Diss., S. 28; Maunz, BayVBl. 1962, 3; Stern, JZ 1960, 560 ff.; Wenzel, SKV 1974, 57; w.N. bei Grupp, VerwArch. 69 (1978), S. 132 Fn. 57.
 - 11) So Bosse, VerwVertr., S. 32 ff. mit ausführlicher Begründung der Ablehnung.

ring sein¹⁾.

Die Stellung der Parteien im einzelnen oder ihre Handlungsfreiheit hinsichtlich des Gegenstandes können schon deshalb nicht zur Abgrenzung herhalten, weil einseitiges und vertragliches Verwaltungshandeln seit Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze als gleichberechtigt nebeneinander gestellt zu bewerten ist²⁾. Aus diesem Grunde kann auch an der Vermutung zugunsten einseitigen Verwaltungshandelns³⁾ nicht mehr festgehalten werden⁴⁾. Eine Vermutung zugunsten der jeweils rechtmäßigen Handlungform basiert auf einem hypothetischen Willen der Beteiligten, verkennt jedoch ihren wirklichen Willen, der sie bewußt eine Handlungsförm wählen ließ, die im Einzelfall nicht zulässig sein kann⁵⁾⁶⁾.

Sowohl einseitige wie auch vertragliche Zusagen haben rechtsgeschäftlichen Charakter, wobei das jeweilige Rechtsgeschäft aus einer oder mehreren Willenserklärungen besteht, die eine beabsichtigte Rechtsfolge herbeiführen. Die Willenserklärung ist damit notwendiger Bestandteil des Rechtsgeschäfts; sie erst gibt dem Rechtsgeschäft sein auf die gewollte Rechtsfolge gerichtetes Gepräge. Kriterium der Abgrenzung und Maßstab des rechtlichen Charakters kann daher nur diese Willenserklärung selbst sein: Der Rechtsakt ist das, als was er gewollt ist. Er ist einseitige Zusage, wenn sich die Behörde nach ihrem erkennbaren, zum Ausdruck gekommenen Willen bereits durch die Erklärung zu einem späteren Tun oder Unterlassen selbst verpflichten wollte. Demgegenüber ist der Rechtsakt ein Vertrag, wenn die an seinem Zustandekommen Beteiligten die Rechtsfolge durch übereinstimmende Willenserklärung in Geltung setzen wollten. Entscheidend ist allein, ob der Rechtsakt einseitig erteilt wird oder auf dem gemeinsam erklärten, rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten beruht⁷⁾. Damit ist der erklärte Wille alleiniges Abgrenzungsmerkmal⁸⁾, so daß sich die Abgrenzung zwischen

1) Schimpf, Vertrag, S. 37.

2) Vgl. §§ 35 ff. und §§ 54 ff. VwVfG des Bundes und entspr. Regelungen in den VwVfGen der Länder; dazu Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 34; Schimpf, Vertrag, S. 39.

3) So noch BVerwGE 25, 72 (78 ff.); Beinhart, VerwArch. 55 (1964), S. 250; Bisek, Diss., S. 16; Kottke, Diss., S. 21; vgl. auch Kopp, VwVfG, § 54, Rn. 15; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 2 (S. 325).

4) Schimpf, Vertrag, S. 39; Weiß, Diss., S. 16.

5) Schimpf (ebd., S. 40) will dieser Vermutung dennoch eine "gewisse Indizfunktion" zukommen lassen.

6) Zu weiteren Abgrenzungsversuchen siehe Überblick bei Bullinger, Vertrag, S. 34 ff.; Grupp, VerwArch. 69 (1978), S. 132 ff.; Schmidt-Salzer, VerwArch. 62 (1971), S. 136 jeweils m.w.N.
Kritik an den bisherigen Abgrenzungsversuchen bei Bosse, VerwVertr., S. 32 ff.; Konrad, Diss., S. 57 ff.; Menger, VerwArch. 69 (1978), S. 98 ff.; Renck, JuS 1971, 78; ders. BayVBl. 1977, 77; Weiß, Diss., S. 15 ff.

7) Die Darstellung folgt insoweit Schimpf, Vertrag, S. 38.

8) Ebenso Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 18; Grupp, VerwArch. 69 (1978), S. 137; Knack, VwVfG, § 54 Rn. 5; Konrad, Diss., S. 63 ff.; Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 14; Krause, Rechtsformen, S. 229; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 19; Menger, VerwArch. 69 (1978), S. 99; Hans Meyer,

einseitigen und vertraglichen Zusagen auf diesen Auslegungsvorgang beschränkt¹⁾.

Allenfalls indizielle Bedeutung kann daher der Bezeichnung und der Form²⁾, dem Inhalt der Regelung und der Unterzeichnung der Vereinbarung durch alle Beteiligten zukommen³⁾.

2. Zusage und Inaussichtstellung

Zusagen bedürfen als verbindliche Handlungsformen einer Abgrenzung gegenüber unverbindlichen Absichtserklärungen der Gemeinde über ihr künftiges Verhalten, - sogenannten Inaussichtstellungen. Ob ein unverbindliches Inaussichtstellen oder eine verbindliche Zusage vorliegt, kann im Einzelfall schwierig festzustellen sein⁴⁾, weil bis heute weder eindeutig geklärt ist, "welcher Sachverhalt durch den Begriff der Zusage gekennzeichnet" werden soll⁵⁾, noch befriedigende "Kriterien für (bindende) Zusagen" entwickelt worden sind⁶⁾.

Soweit die Verwaltungsverfahrensgesetze⁷⁾ oder andere Normen des öffentlichen Rechts⁸⁾ das Erfordernis der Schriftform zur Voraussetzung verbindlicher Zusagen erheben, können die entsprechenden mündlichen Absichtserklärungen als unverbindlich ausgeschieden werden.

Dennoch verbleibt eine Reihe behördlicher Erklärungen in Schriftform, deren Zusageeigenschaft nicht ohne weiteres auszumachen ist. Das Abgrenzungsproblem beruht hier zum einen auf der Neigung der Verwaltung, Erklärungen terminologisch vielfältig variiert abzugeben. Die Gemengelage von Inaussichtstellungen, Absichtserklärungen, Versprechen, Voraus- und Vorhersagen erschwert den Nachweis von Zusagen im Einzelfall⁹⁾. Zum anderen können auch von der Behörde als unverbindlich gemeinte Erklärungen - insbesondere bei Abgabe im Rahmen persönlicher Kontaktaufnahme - beim Bürger zumindest den Eindruck von Zusagen er-

VwVfG, § 54 Rn. 34; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 2 (S. 325); Wailerath, VerwR, § 8 III 1b; ähnlich Bosse, VerwVertr., S. 35, der den Rechtsfolgewillen aber aus Form und Beziehung folgert; a.A. Pieper, DVBl. 1967, 11 ff.; Rübner, Formen, S. 336.

- 1) Schimpf, ebd. Die Entscheidung, was im konkreten Fall vorliegt, ist damit kein Abgrenzungs-, sondern ein Subsumtionsproblem; Grupp, ebd. Fn. 94.
- 2) Als Abrenzungskriterium jedoch ungeeignet; Menger, VerwArch. 69 (1978), S. 97; Weiß, Diss., S. 15.
- 3) Grupp, ebd., S. 137; Konrad, Diss., S. 65; Schimpf, ebd., S. 40; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 2 (S. 325).
- 4) Vgl. BVerwG, DVBl. 1976, 339 f.
- 5) Pieper, Diss., S. 14; Schetting, Rechtspraxis, S. 230.
- 6) So für das Recht der Raumordnung Degenhart, DVBl. 1980, 661.
- 7) §§ 38 Abs. 1 S. 1, 57 VwVfG, §§ 34 Abs. 1, S. 1, 56 SGB X.
- 8) Etwa die Gemeindeordnungen
- 9) Vgl. dazu Fiedler, Funktion, S. 1; Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 48.

wecken und ihn zu Unrecht zum Disponieren veranlassen¹⁾²⁾.

Ob eine verbindliche Zusage oder eine unverbindliche Inaussichtstellung vorliegt, kann nur durch Auslegung der behördlich abgegebenen Erklärung ermittelt werden³⁾.

Hierfür stellt die ältere Rechtsprechung⁴⁾ auf die subjektiven Elemente "Bindungswillen" oder "Bewußtsein und Willen" ab. Diese Kriterien gewinnen dort an Bedeutung, wo Probleme der Nachweisbarkeit und Beweisführung im Vordergrund stehen⁵⁾. Bei bestehendem Schriftformerfordernis für verpflichtende Erklärungen schwindet jedoch das Bedürfnis, den Bindungswillen zur Voraussetzung einer Zusage zu erheben, womit die Notwendigkeit dieser Kriterien fraglich wird.

Subjektiven Kriterien wurde zunehmend entgegengehalten, es komme nicht darauf an, ob die Behörde sich habe binden wollen, sondern auf den objektiven Erklärungswert im Sinne des § 133 BGB. Maßgeblich sei, was objektiv als Wille der Behörde für denjenigen erkennbar ist, für den die Erklärung bestimmt ist⁶⁾, womit der objektive Erklärungswert an Bedeutung gewinnt. Mit diesem Schritt dringen zugleich Vertrauensschutzgesichtspunkte in den Vordergrund, da auf diese Weise subjektive Fehler der Zusageerklärung auszugleichen sind⁷⁾.

Das Abstellen entweder auf subjektive oder auf objektive Kriterien verdeutlicht ein weiteres: Mit der Bevorzugung subjektiver Kriterien kann der Zusagebegriff verengt, mit objektiven Kriterien erweitert werden.

Eine starke Ausdehnung der Zusage bewirkt dabei, daß die Gemeinde in eine umfassende Verantwortung gedrängt wird. Sie müßte die Folgen einer Zusage auch dort tragen, wo sie gerade keine Zusage abgeben wollte, möglicherweise sogar dann, wenn sie ihre Erklärung so abfaßte, daß ihr Empfänger sie nicht als Zusage auffassen sollte.

Setzt die Behörde jedoch eine Erklärung gezielt zur Motivation ein, um eigene Interessen zu realisieren, erscheint es andererseits widersprüch-

- 1) Vgl. Raschauer, VVDStRL 40 (1982), S. 245. Selbst wenn Erklärungen der Verwaltung keine Zusagen darstellen, könnte das Vorverhalten als vertrauensauslösende Empfehlung oder "Veranlassung" die Grundlage einer späteren Haftung bilden.
- 2) Auf der anderen Seite existieren ebenso Versuche der Bauinteressen, in Erklärungen der Gemeinde bei personalisierten Gesprächssituationen Zusagen "hineinzudeuteln"; vgl. Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 48; sowie das anschauliche Beispiel von Hans Meyer, VVDStRL 40 (1982), S. 320.
- 3) Fiedler, Funktion, S. 235; Reifenrath, Diss., S. 107 f.
- 4) BVerwG, ZBR 1963, 215 (216); ZBR 1966, 377 f.; in Buchholz 421.2, Nr. 18; BVerwGE 26, 31 (36); BGH, ZBR 1956, 186 (Willen); ZBR 1957, 82 (86, Bewußtsein und Willen); VersR 1970, 711 (712, Verpflichtungswillen); VGH WB, ESVGH 2, 148 (150 f.); DVBl. 1951, 121 (122); VGH BW, DVBl. 1965, 333 (334); OVG Koblenz, VerwRspr. 6, Nr. 99 (S. 449); vgl. auch Hugo Kellner, Referat 44. DJT, D 49; sowie Beschluß 44. DJT, D 106 f., C II.
- 5) Fiedler, Funktion, S. 49.
- 6) BVerwGE 12, 87 (91); VGH BW, ESVGH 17, 93 (95 f.); OVG Hamburg, VerwRspr. 9, 740 (741); vgl. auch OVG Lüneburg, KStZ 1962, 18 (19).
- 7) Fiedler, ebd., S. 49, 51.

lich, dieser durch Interpretation die Zusageeigenschaft abzusprechen. Aus einer restriktiven Auslegung des Zusagebegriffs muß sodann eine Vorverlagerung des Vertrauensschutzes resultieren¹⁾.

Damit sind die Auswirkungen zu extensiver und zu restriktiver Interpretation aufgezeigt.

Folgt man der Tendenz in der neueren Rechtsprechung, so ist nicht mehr auf den Bindungswillen, sondern auf den objektiven Erklärungswert und den Verständnishorizont des Empfängers abzustellen²⁾. Ob eine behördliche Äußerung den objektiven Erklärungswert einer verbindlichen Zusage oder einer unverbindlichen Inaussichtstellung hat, ist nach den Auslegungsgrundsätzen des § 133 BGB zu ermitteln, die auch im öffentlichen Recht Anwendung finden³⁾. Dabei ist maßgeblich, was objektiv als Wille der Behörde demjenigen erkennbar ist⁴⁾, für den die Erklärung bestimmt ist, wobei den gesamten Umständen des jeweiligen Einzelfalles Bedeutung zukommt⁵⁾.

Der Hinweis auf die Auslegungsbedürftigkeit auch der Umstände nützt jedoch wenig, solange nicht geklärt ist, welche Umstände für die Zusage kennzeichnend sind. Diese lassen sich beschreiben zum einen durch die Situation, in der die Zusage abgegeben wird, zum anderen durch die Wirkungsweisen der Zusage in dieser Situation.

Die Situation behördlicher Erklärungen ist im allgemeinen gekennzeichnet durch einen einbahnigen Kontakt zwischen Verwaltung und Bürger, bei dem dieser einen Antrag stellt, den die Behörde prüft und über den sie entscheidet⁶⁾. Demgegenüber zeichnet sich die Situation der Bebauungsplanzusage aus durch das Fehlen eines förmlichen Antrags an die Gemeinde, eine umfangreiche, häufig persönliche Kontaktaufnahme im Rahmen von Vorbesprechungen oder Verhandlungen und die dadurch verminderte Distanz zwischen der Gemeinde und dem einzelnen. Auch die Eilbedürftigkeit und die verschwimmenden Interessenfronten bis hin zur Interessensymbiose sind Besonderheiten dieser Situation⁷⁾. Die Zusage wirkt also auf die Verhaltensplanung sowohl der Gemeinde als auch des Erklärungsempfängers und gestaltet damit in besonderem Maße die Gesamtbeziehungen der Beteiligten.

Angesichts dieser Besonderheiten der Zusage und ihrer Andersartigkeit gegenüber sonstigen behördlichen Erklärungen liegt es nahe, die Erkenntnisse zum Sachverhalt und zu den Wirkungsweisen der Zusage für das

1) Ebd., S. 237 f.

2) So auch ebd., S. 53.

3) BVerwG, NJW 1976, 303 (304); vgl. auch BVerwGE 48, 279 (281 f.).

4) Schier, VerwR, Rn. 662.

5) Wallerath, VerwR, § 8 II 1 (S. 220), vgl. auch Fiedler, Funktion, S. 53; Niedermaier, BayVBl. 1965, 402; Raschauer, VVDStRL 40 (1982), S. 250.

6) Fiedler, Funktion, S. 52.

7) Vgl. ebd., S. 52 f. Für die Bewertung der Zusage müssen danach solche Betrachtungsweisen ausscheiden, die streng nach zwei Seiten separieren. Fraglich erscheint zudem, ob der von der Rspr. bevorzugte Begriff der "Erkennbarkeit" dem Gesamtvorgang der Zusage ausreichend Rechnung trägt.

Problem der Auslegung nutzbar zu machen. Soweit eine Erklärung der Gemeinde die Charakteristika der Zusage aufweist, läßt sich dies als starkes Indiz für die Annahme einer Zusage werten:

- Je intensiver der Kontakt zwischen beiden Seiten ist,
- je stärker die gemeindliche Erklärung den Bauwilligen auch aus seiner Sicht motivieren und seine Dispositionen sichern soll, desto eher verfestigt sich auch bei undeutlichen und mehrdeutigen Erklärungen die Annahme einer Zusage.
Die Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit einer Erklärung sind umgekehrt um so höher,
- je schwächer die Gesamtbeziehungen ausgestaltet sind und
- je weniger die Erklärung von der Gemeinde als Mittel der Motivation und Dispositionssicherung eingesetzt wird sowie vom Empfänger so verstanden werden darf. Um so ferner muß in diesem Fall auch die begründete Annahme einer Zusage liegen.

Die Bewertung der Intensität des Beteiligtenkontaktes und der Funktionen der Bebauungsplanzusage als Indizien für eine Zusage ermöglichen damit eine sachgerechte Auslegung der jeweiligen kommunalen Erklärung als bloße unverbindliche Inaussichtstellung oder als verbindliche Zusage. Fließenden Grenzen zwischen beiden Erklärungen in der Lebenswirklichkeit¹⁾ kann so im Einzelfall eher Rechnung getragen werden, als mit starren, unflexiblen Kriterien.

3. Zusage und Auskunft

Einer Abgrenzung bedarf die Zusage ferner gegenüber der (unverbindlichen) Auskunft²⁾. Eine Auskunft ist die rein informative Mitteilung über tatsächliche Umstände oder rechtliche Verhältnisse³⁾. Sie bezieht sich daher auf Materien, die nicht von der Willensentscheidung abhängen⁴⁾. Man bezeichnet die Auskunft deshalb als Wissenserklärung im Gegensatz zur Zusage als Willenserklärung⁵⁾. Bei der Zusage gibt die Behörde zu erkennen, sie werde sich in einer bestimmten künftigen Situation in einer bestimmten Weise verhalten. Es wird also eine Wil-

1) BGH, NJW 1978, 1802 (1804) für die Grenzen der verbindlichen Zusage zur unverbindlichen Auskunft.

2) Die Abgrenzung ist Gegenstand einer Vielzahl von Abhandlungen: Kamphausen, Rechtprobleme, S. 21 ff.; Hubert Kellner, Diss., passim; Monreal, Auskünfte, S. 19 ff.; Helmut Müller, Diss., 8 ff.; Pfander, Diss., S. 356 ff.; Pieper, Diss., S. 15 ff.; ders., VerwArch. 59 (1968), S. 217 ff.; Reifenrath, Diss., S. 8 ff.; v. Voigt, Diss., S. 14 ff.; vgl. ferner Fiedler, NJW 1981, 2098 f.; Rohwer-Kahlmann, DVBl. 1962, 622; Tipke, StuWi. 1962, Sp. 702.

3) Maurer, VerwR, § 9 Rn. 62.

4) BGH, DVBl. 1977, 576 (578).

5) BSGE 25, 219 (221); BayVGH, VerwRspr. 19, 295 (296); Beinhardt, DÖV 1965, 481 Fn. 13; Bullinger, Zusagen, S. 12; Monreal, Auskünfte, S. 19 (gewolltes Versprechen); Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 218; Tittel, DRiZ 1962, 307; Wipfelder, BayVBl. 1976, 428; Zeidler, Gutachten 44. DJT, S. 40 f.; vgl. auch Beschluß 44. DJT, Bd. II, Sitzungsberichte, D 106, B I.

lenserklärung abgegeben über das, was sein wird¹⁾.

Während sich die Zusage durch die Verbindlichkeit der Willenserklärung auszeichnet, fehlt der Auskunft der Wille zur Selbstverpflichtung²⁾. Ihre Abgrenzung hat im Einzelfall durch Auslegung anhand der dargestellten Kriterien zu erfolgen³⁾.

V. Die Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze

Von zentraler Bedeutung für die weitere Untersuchung ist zunächst, ob auf Zusagen über die Aufstellung eines Bebauungsplanes die Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze zur Anwendung kommen. Die Grundansichten zu dieser Frage reichen von der Unanwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze⁴⁾, über eine analoge⁵⁾ bis hin zur direkten Anwendbarkeit⁶⁾.

Da das Verfahren der Planaufstellung nach dem Bundesbaugesetz eine eigene Angelegenheit der Gemeinde i.S.d.§1 Abs.3 Bundesverwaltungsverfahrensgesetz darstellt und alle Länder inzwischen Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen haben⁷⁾, kommen diese ausschließlich zur Anwendung. Wegen der weitgehend inhaltlichen und formalen Übereinstimmung zwischen den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen und dem Bun-

1) Kamphausen, Rechtsprobleme, S. 22.

2) Ebd. m.w.N. Fn. 78. Aus einer Auskunft resultiert daher kein Anspruch auf ein bestimmtes Verwaltungshandeln; BSGE 18, 270 (273); 25, 219 (220); OVG Münster, OVG 18, 281 (284 f.); Badura, VerwR, § 40 II 5 (S. 347); Obermayer, NJW 1962, 1467, 1471 f.

Die Auskunft ist kein VA, sondern Realakt; Kamphausen, ebd., S. 137 ff.; Maurer, VerwR, § 9 Rn. 62.

Der BGH (DVBl. 1977, 576 (578); NJW 1978, 371) sieht in der Auskunft kein aliud zur Zusage, sondern ein minus. In der Zusage ist danach eine Auskunft enthalten über die Tatsache, daß die Behörde sich zu einem künftigen Tun oder Unterlassen entschlossen hat. Mit der Bebauungsplanzusage gibt die Gemeinde damit zugleich eine Auskunft, daß der entsprechende Beschluß der Gemeindevertretung zu erwarten ist. Bei Unrichtigkeit dieser Auskunft liegt dann eine Amtspflichtverletzung vor, die eine Haftung der Gemeinde nach § 839 BGB, Art. 34 GG begründen kann; dazu Schier, VerwR, Rn. 663.

3) Schier, VerwR, Rn. 662.

4) Birk, NJW 1977, 1798; Obermayer, BayVBl. 1977, 548 f.; ders., VwVfG, § 54 Rn. 95; Reichert/Dürr, BauR, S. 20.

5) Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 4d (S. 330).

6) Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 56; Degenhart, BayVBl. 1979, 296; Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 7; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 54; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 56; Papier, JuS 1981, 500 f.; Plagemann, WM 1979, 794; Schimpf, Vertrag, S. 82 ff.; zweifelnd Frowein, FS Werner Flume, S. 313; offen gelassen, da nach altem Recht zu entscheiden war, von BVerwG, BauR 1980, 333 (335); VGH BW, ESVGH 28, 152 (156).

7) Ohne Bezugnahme auf das VwVfG des Bundes: BremVwVfG, LVwVfG BW, BayVwVfG, HmbVwVfG, HVwVfG, VwVfG NW, SVwVfG; mit statischer Verweisung: Vorl. NdsVwVfG; mit dynamischer Verweisung: VwVfG BE, LVwVfG RP (dazu Schnapp, AöR 108 (1983), S. 139 f.); Schleswig-Holstein unter Aufnahme der Bestimmungen in sein VwVfG.

desverwaltungsverfahrensgesetz¹⁾ werden nachfolgend zur Vereinfachung jeweils die Bestimmungen des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes²⁾ zugrunde gelegt³⁾.

1. Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit (§ 1 Abs. 1 VwVfG)

Das Verwaltungsverfahrensgesetz ist gegenüber fachgesetzlichen Verfahrensregelungen nur subsidiär anwendbar. Die Subsidiarität gegenüber Landesfachgesetzen ist § 1 Abs. 1 VwVfG zu entnehmen, im Verhältnis zu Bundesfachgesetzen gilt das Vorrangprinzip des Art. 31 GG. Die Verfahrensregelung für Zusagen wären daher ausschließlich dem Bundesbaugesetz zu entnehmen. Das BBauG regelt jedoch nur das Verfahren der Planaufstellung selbst, nicht hingegen jenes vorgeschalteter, einseitiger oder vertraglicher Zusagen. Dann ist das Verwaltungsverfahrensgesetz mangels anderer Regelungen, auf Planungszusagen grundsätzlich anwendbar⁴⁾.

Das Verwaltungsverfahrensgesetz nimmt den Begriff der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit nach § 1 Abs. 1 zur Grundlage seiner Anwendung. Indem es auf eine Definition verzichtet, überläßt es die Klärung dieses Begriffs der Rechtsprechung und Lehre⁵⁾. Öffentlich-rechtliche Tätigkeit ist inhaltsgleich mit der in § 1 Abs. 4 VwVfG genannten "Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung"⁶⁾. Abzugrenzen ist insoweit zunächst die öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Behörde von deren privatrechtlicher Tätigkeit, auf die das Verwaltungsverfahrensgesetz nicht anwendbar ist⁷⁾.

1) Die LVwVfGe lehnen sich in der Mehrzahl wörtlich an das VwVfG des Bundes an (Ausnahme: LVwG Schleswig-Holstein); vgl. Knack, VwVfG, § 1 Rn. 9; Borgs-Maciejewski, VwVfG, § 1 Rn. 20.

2) Nachfolgend VwVfG genannt.

3) So auch Plagemann, WM 1979, 794 Fn. 12.

4) Die vorher im Wege der Auslegung durch Einzelanalyse zu prüfende und hier zu bejahende Frage, ob eine ergänzungsfähige, fachgesetzliche Lücke vorliegt, richtet sich weder ausschließlich noch primär nach dem Willen des historischen Gesetzgebers. Eine Lücke kann vielmehr auch später konstatiert werden; vgl. Erichsen, VerwArch. 70 (1979), S. 351 ff.; Leonhardt, VwVfG, § 1 Rn. 27 b; Schmidt-Aßmann, Städte- und Gemeindebund 32 (1977), 15.

5) Knack, VwVfG, § 1 Rn. 3.

6) Leonhardt, VwVfG, § 1 Rn. 16.

7) Vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 41 f.

a) Öffentlich-rechtliche Tätigkeit

Für die Abgrenzung gegenüber privatrechtlicher Tätigkeit stellt die gegenwärtig herrschende modifizierte Subjekts- oder Sonderrechtstheorie¹⁾ auf die Verschiedenartigkeit der Rechtssätze bzw. ihrer Zuordnungssubjekte ab. Da diese Theorie im allgemeinen zu brauchbaren Ergebnissen gelangt²⁾, wird sie nachfolgend zugrunde gelegt.

Über die Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplanes durch einseitige oder vertragliche Zusagen weist die Rechtsordnung keine Normen auf. Bestehen keine Normen für den Verpflichtungsvorgang, so kann nur darauf abgestellt werden, wie die Rechtsordnung den Gegenstand der Verpflichtung selbst normiert³⁾. Die Zusageerteilung ist danach öffentlich-rechtlich, wenn nach der Rechtsordnung nur ein Träger öffentlicher Gewalt das Zuordnungssubjekt des Gegenstandes der Rechtsbeziehung sein kann, die durch die Zusage geregelt werden.

Gegenstand der Zusage ist ein bestimmter Bebauungsplan, dessen Voraussetzungen, Verfahren und zulässiger Inhalt sich nach Normen des öffentlichen Rechts (§§ 1 ff. BBauG) richten. Das Erteilen einer Zusage, mit der die Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplanes begründet wird, stellt danach ebenso eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit dar⁴⁾.

1) Begründet von Wolff, AöR 76 (1950/51), S. 205 ff.; ders. DVBl. 1961, 209; ders., VerwR I, § 22 II c (S. 100); vgl. BVerwGE 38, 281; BGHZ 41, 264 (266 f.); 66, 182 (187); Bettermann, DVBl. 1971, 114; ders., NJW 1977, 515 f.; Menger, VerwArch. 49 (1958), S. 276; ders., VerwArch. 50 (1959), S. 198; ders., FS Hans Wolff, S. 162; neuerdings Lange, NVwZ 1982, 314; Gusy, DVBl. 1983, 1223; neuere Modifizierung der Theorie bei Bachof, FS BVerwG, S. 1 ff.; kritisch dazu Erichsen, Jura 1982, 540; Lange, JuS 1982, 500 Fn. 6.

2) Lange, NVwZ 1982, 314. Die übrigen Abgrenzungstheorien (inbes. Subjekts- und Interessentheorien) haben sich nicht durchsetzen können (vgl. Überblick bei Wolff, VerwR I, § 22). Insbesondere das Kriterium der Gleich- bzw. Über- und Unterordnung hat sich zur Abgrenzung öffentlichen und privaten Rechts als unbrauchbar erwiesen (Gusy, DVBl. 1983, 1223). Der Vorteil der Sonderrechtstheorie besteht demgegenüber darin, Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtlich verstehen zu können, bei denen eine Subordination fehlt; Wolfgang Martens, Rechtsbegriff, S. 94; Schimpf, Vertrag, S. 58.

3) Lange, NVwZ 1982, 316.

4) Ebenso Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 7; Papier, JuS 1981, 499; grds. Lange, ebd. m.w.N. Fn. 29.

b) Verwaltungstätigkeit

Bei der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit muß es sich um Verwaltungstätigkeit handeln, wozu nicht das Verfahren zum Erlaß von Satzungen gehört¹⁾.

Aus der bewußten Ausklammerung des Satzungsverfahrens durch den Gesetzgeber schließt Obermayer²⁾, daß ein Vertrag, in dem die Verpflichtung zum Erlaß einer (niederrangigen) Rechtsnorm enthalten sei, nicht vom Verwaltungsverfahrensgesetz erfaßt werde³⁾.

Unanwendbar ist das Verwaltungsverfahrensgesetz auch nach Birk⁴⁾, weil Verträge, die eine Bindung der normsetzenden Tätigkeit bewirken, ein Teil der Ausübung des gesetzgeberischen Gestaltungsmessens seien.

Zum gleichen Ergebnis gelangen Reichert/Dürr⁵⁾, indem sie den Vertrag über die Aufstellung eines Bebauungsplanes bereits selbst als Akt der Rechtsetzung qualifizieren.

Dem halten Degenhart⁶⁾ und Krebs⁷⁾ entgegen, daß die zu erbringende Leistung exekutivische Rechtsetzung ist. Die Gemeinde binde ihr Planungsermessen, das dem exekutivischen Bereich zuzuordnen sei, so daß das Verwaltungsverfahrensgesetz zur Anwendung komme.

Richtig ist zum einen die Zuordnung zur Exekutive durch Degenhart und Krebs zum anderen der Hinweis Obermeyers, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz bewußt nicht das Verfahren beim Erlaß einer Satzung einbezogen hat. Auch diese Autoren differenzieren jedoch nicht ausreichend zwischen dem Verpflichtungs- und dem Erfüllungsgeschäft⁸⁾. Soweit einseitige Zusagen erteilt oder Verträge abgeschlossen werden, geht es nicht um den Erlaß der Satzung selbst⁹⁾, sondern allein um die Verpflichtung zum Normerlaß¹⁰⁾. Für die Frage nach einem Verwaltungshandeln ist daher allein auf das Verpflichtungsgeschäft und die dahin führende Verwaltungstätigkeit¹¹⁾ und nicht auf das Erfüllungsgeschäft abzustellen. Der Verpflichtungsvorgang selbst, der mit der Erteilung der

1) Leonhardt, VwVfG, § 1 Rn. 19; vgl. auch BT-Drs. 7/910, S. 42.

2) BayVBl. 1977, 548 f.; jetzt auch VwVfG, § 54 Rn. 95; ihm folgend Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 4d (S. 330), der die Frage im Rahmen des § 54 VwVfG und damit an falscher Stelle prüft.

3) Ähnlich bereits Redeker (DÖV 1966, 544 Fn. 13), der bezweifelt, ob ein Vertrag dieser Art noch verwaltungsrechtlich genannt werden kann.

4) NJW 1977, 1798; zweifelnd auch Frowein, FS Werner Flume, S. 313.

5) BauR, S. 20.

6) BayVBl. 1979, 296.

7) VerwArch. 72 (1981), S. 54.

8) Die fehlende Differenzierung versuchen Birk (NJW 1977, 1798) und Degenhart (BayVBl. 1979, 296) damit zu begründen, daß keine sinnvolle Abtrennung des Satzungsbeschlusses von der vorausgehenden Planungstätigkeit (durch Zusagen) möglich ist.

9) Die Zusage selbst ist kein Bestandteil des Planaufstellungsverfahrens; so zutreffend Schimpf, Vertrag, S. 84, (Fn. 75 m.w. Argumentation gegen Birk).

10) Plagemann, WM 1979, 794.

11) Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 55.

einseitigen Zusage bzw. dem Abschluß des Vertrages beendet ist¹⁾, ist aber in jedem Fall eine Verwaltungstätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 VwVfG. Das Verwaltungsverfahrensgesetz ist damit auf einseitige und vertragliche Planungszusagen anwendbar²⁾.

2. Die Anwendbarkeit des § 38 VwVfG auf einseitige Zusagen

Der Begriff des Verwaltungsverfahrens wird durch § 9 VwVfG auf Tätigkeiten beschränkt, die auf die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind. Die Zusage ist auf die Erstellung eines Bebauungsplanes gerichtet, der nach § 12 BBauG in der Form einer Satzung erlassen wird. Die Voraussetzungen des § 9 VwVfG sind insoweit nicht erfüllt³⁾. Wird aber nicht auf die Vorbereitung der zugesagten Maßnahme, sondern den Erlass der Zusage selbst abgestellt, so können zumindest jene Autoren, die die Zusage als Verwaltungsakt qualifizieren⁴⁾, ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG bejahen. Die sodann folgende Frage der Anwendbarkeit des § 38 VwVfG muß jedoch in jedem Fall verneint werden, da die Bebauungsplanzusage keine verwaltungsaktgerichtete Zusage darstellt.

Damit scheidet zwar eine direkte Anwendung des § 38 VwVfG auf die einseitige Bebauungsplanzusage aus, gleichwohl könnte die Norm analog anzuwenden sein⁵⁾. Dafür spricht, daß der Gesetzgeber in §§ 38 und 54 ff. VwVfG eine konsequente Regelung von Verpflichtungserklärungen der Verwaltung getroffen hat⁶⁾, so daß es nahe liegt, die von der Kodifikation nicht umfaßten Teilgebiete im Wege der Analogie einzubeziehen⁷⁾.

Voraussetzung einer Analogie ist die Feststellung einer planwidrigen Gesetzeslücke⁸⁾. Eine solche ("unechte" Gesetzeslücke) liegt vor, soweit das formulierte Gesetz in seinem weitestmöglichen Wortsinn hinter der Absicht des Gesetzgebers zurückbleibt⁹⁾.

Trotz der umfangreichen Regelung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts hatte der Normgeber bei Erlass des Gesetzes nicht den Willen, dieses Rechtsgebiets voll zu kodifizieren¹⁰⁾. Das ergibt sich aus der Beschränkung des § 38 VwVfG auf verwaltungsaktgerichtete Zusagen, obwohl dem Gesetzgeber "eine ganze Reihe weiterer Rechtsformen" be-

1) Vgl. Kopp, VwVfG, § 9 Rn. 45; Hans Meyer, ebd., § 9 Rn. 19.

2) Hans Meyer, ebd., § 54 Rn. 55; Plagemann, WM 1979, 794; Schimpf, Vertrag, S. 84; im Ergebnis ebenso Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 56; Degenhart, BayVBl. 1979, 296; Kopp, ebd., § 54 Rn. 7; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 54; Papier, JuS 1981, 500 f.

3) Lange (WiVerw. 1979, 31) sieht daher in § 9 VwVfG eine "Sperrre" für nicht verwaltungsaktgerichtete Zusagen.

4) S. 2. Kap. III 1. a).

5) Maurer, JuS 1976, 491; so auch Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 91 Fn. 42; dafür ferner Degenhart, BayVBl. 1979, 296 Fn. 117.

6) Ebenso für das Verwaltungsverfahren nach SGB X.

7) So Hans Meyer, VwVfG, § 38 Rn. 36.

8) Vgl. Bydlinski, Methodenlehre, S. 472 ff. m.w.N.

9) Ebd., S. 247.

10) So Hans Meyer, VwVfG, § 38 Rn. 36.

kannt waren, die er, um ihre "notwendige Rechtsfortbildung" nicht vorzeitig zu beschneiden, "nach sorgfältiger Prüfung" bewußt nicht regelte¹⁾. Mangels planwidriger Gesetzeslücke scheidet daher eine Analogie aus²⁾.

Ohne auf eine Analogie zurückzugreifen, will Hans Meyer³⁾ zumindest "das notwendige Richterrecht an den bestehenden Parallelkodifikationen" orientieren. Kopp⁴⁾ sieht in § 38 VwVfG den "Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens" und tritt daher "in gewissem Umfang" für dessen Übertragung auf Zusagen ein.

Anders als die herrschende Meinung gelangen beide Autoren damit in den Problembereichen zu unterschiedlichen Ergebnissen, in denen die Kodifikation von den hergebrachten Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts abweicht⁵⁾. Damit ist die Frage aufgeworfen, inwieweit das Verwaltungsverfahrensgesetz über seinen unmittelbaren Geltungsbereich hinaus in der Lage ist, die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts abzuändern.

Ein solcher Wandlungsprozeß durch die Kodifikation wird nur sehr behutsam angenommen werden können⁶⁾. Berücksichtigt man die Entstehungsgeschichte und die ausdrückliche Selbstbeschränkung des § 38 VwVfG auf verwaltungsaktgerichtete Zusagen, erscheint es (noch) ausgeschlossen, diese Norm grundsätzlich als "allgemeinen Rechtsgedanken" anzuwenden⁷⁾.

Selbst wenn man eine solche Übertragung befürworten wollte, müßten dabei die Eigenarten und Interessenslagen der jeweiligen Regelungsmaterie angemessen berücksichtigt werden⁸⁾. Die Rechtmäßigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 38 VwVfG entsprechen jedoch - wie im einzelnen unten nachgewiesen wird⁹⁾ - nicht dem Regelungsbedarf der Bebauungsplanzusage. Auch deshalb kommt eine Übertragung der

1) So amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 41.

2) Maurer JuS 1976, 491; Palau, Diss. S. 108 ff.; vgl. auch Fiedler, Funktion, XX.

3) VwVfG, § 38 Rn. 36; siehe auch Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 91: "Damit würde der Intention der gesetzlichen Regelung, die auf Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gerichtet ist, am ehesten gedient."

4) VwVfG, § 38 Rn. 2.

5) Als Beispiel für eine Abweichung: das neue Erfordernis der Schriftform für Zusicherungen, das Kopp (VwVfG, § 38 Rn. 35) jedoch von der Übertragung ausnehmen will.

6) Lange, WiVerw. 1979, 31.

7) So auch Stelkens, VwVfG, § 38 Rn. 5; a.A.: Braun, VwVfG, § 38 Rn. 3; Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 91; Schier, VerwR, Rn. 660. Der Hinweis auf die vom Gesetz erstrebte Einfachheit und Klarheit vermag für eine Anwendung des § 38 VwVfG auch auf Zusagen angesichts der Selbstbeschränkung des Gesetzes nicht zu genügen. Abgrenzungsschwierigkeiten, die teilweise befürchtet werden, sind jedoch infolge der klaren Trennbarkeit verwaltungsakt- und nicht verwaltungsaktgerichteter Zusagen nicht zu erwarten.

8) Ähnlich Fiedler, AöR 105 (1980), S. 110 f.; Krebs, VerwArch. 69 (1978), S. 91.

9) S. unten 5. Kap. III, 6. Kap. III.

Regelungen des § 38 VwVfG auf Bebauungsplanzusagen nicht in Betracht.

3. Die Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG auf vertragliche Zusagen

a) Der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

Bei dem Verfahren der vertraglichen Zusageerteilung handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren nach § 9 VwVfG, wenn es auf den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist. Der Vertrag selbst, im Rahmen dessen die Planungszusage ausgesprochen wird, muß danach dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein, sollen §§ 54 ff. VwVfG anwendbar sein.

Die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Qualifizierung eines Vertrages hängt nach Rechtsprechung¹⁾ und überwiegender Meinung in der Literatur²⁾ von dem Gegenstand des Vertrages ab (Gegenstandstheorie³⁾. Danach ist zu fragen, ob sich der Vertragsgegenstand auf einen Sachverhalt bezieht, der von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt ist⁴⁾.

Nachdem die Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplanes selbst jedenfalls als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden kann, bereitet die Bestimmung solcher Verträge keine Schwierigkeiten, in denen sich der Gegenstand des Vertrages auf diese Verpflichtung beschränkt.

1) BVerwGE 22, 138 (140); 30, 65 (67); 42, 331 (332); 49, 359 (361); BGH Z 32, 214 (216); 35, 69 (71); 54, 287 (291); 56, 365 (368).

2) Jeweils m.w.N. Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 35; Bosse, VerwVertr., S. 21; Büchner, Bestandskraft, S. 8; Erichsen/Martens, VerwR, § 25 II (S. 270 f.); Konrad, Diss., S. 32; Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 6; Kottke, Diss., S. 13; Knack, VwVfG, § 54 Rn. 2; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 10; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 25; Obermayer, BayVBl. 1977, 547; Papier, JuS 1981, 499; Schimpf, Vertrag, S. 55; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 2 (S. 327); vgl. auch amtl. Begr. zu § 50 Entwurf VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 78.

Die Kritik bei Clemens (Verw. 1979, 381) und Gern (Vertrag, S. 42 f.; ders. NJW 1979, 695; ders., VerwArch. 70 (1979), S. 219 ff.) übersieht, daß der Gegenstand nach § 35 VwVfG auch für den VA maßgeblich ist (Lange, NVwZ 1983, 314 f.).

3) Die Richtigkeit der Gegenstandstheorie wird zwar kaum bestritten, doch fragt sich auch, worin der Unterschied sonst liegen soll, wenn nicht im Vertragsgegenstand. Da sich die Abgrenzungskriterien Vertragsbezeichnung, -form, -parteien und Parteiwille als unbrauchbar erwiesen haben, bleibt der Vertragsinhalt als entscheidendes Merkmal. Das wesentliche der Gegenstandstheorie liegt damit in der Ablehnung anderer möglicher Bezugspunkte; Konrad, Diss., S. 33 f.; ebenso Schimpf, Vertrag, S. 55.

4) Anders die Theorie von der hypothetischen Normierung. Danach liegt ein öffentl.-rechtl. Vertrag vor, wenn die im Vertrag getroffene Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechts wäre; so Bettermann, JZ 1966, 445; ebenso Bachof, VerwR I, § 44 IIa; Bisek, Diss., S. 32; Menger, VerwArch. 64 (1973), S. 205; ders., FS Hans Wolff, S. 164 f.; v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), S. 205; Schimpf, Vertrag, S. 61; Weiß, Diss., S. 11; s. die zutreffende Ablehnung bei Lange, NVwZ 1983, 314.

Die praktische Relevanz solcher einseitig verpflichtender Verträge dürfte jedoch unbedeutend sein, zumal zur Befriedigung des Bedürfnisses einseitiger Verpflichtung durch die Gemeinde die Handlungsform der einseitigen Zusage zur Verfügung steht.

Praxisrelevanter sind daher vertragliche Planungszusagen im Rahmen von Erschließungs-, Folgekosten- und Grundstücksveräußerungsverträgen, in denen die Verpflichtung zur Planaufstellung neben diverse andere gegenseitige Vertragsverpflichtungen tritt. Regelmäßig enthalten diese Verträge privatrechtliche Elemente, weil zwischen der Gemeinde und dem Bürger Leistungspflichten vereinbart werden, die jedermann eingehen kann und die in privatrechtlichen Verträgen gang und gäbe sind¹⁾, etwa die Zahlung eines Geldbetrages für Folgeeinrichtungen oder die Überweisung eines Grundstücks. Mit der sicheren Zuordnung der Planungszusage als öffentlich-rechtlich muß hier noch nicht notwendig über die Qualifikation des Gesamtvertrages entschieden sein²⁾. Zur Rechtsnatur eines solchen Vertrages werden zwei Ansichten vertreten:

Nach der "Einheitstheorie" kann ein Vertrag nur eine Rechtsnatur haben³⁾. Eine grundsätzlich denkbare Einordnung des Vertrages ins bürgerliche Recht⁴⁾ wird vorweg verworfen zugunsten eines Vorrangs des öffentlichen Rechts⁵⁾. Der Vertrag ist danach stets öffentlich-rechtlicher Natur.

Die herrschende "Trennungstheorie" erkennt demgegenüber die Existenz eines sog. "gemischten" Vertrages an, der sich teils aus privatrechtlichen, teils aus öffentlich-rechtlichen Elementen zusammensetzt⁶⁾. Danach sind die Bestandteile der Vertrages in den jeweils ihnen eigenen Rechtskreis einzuordnen⁷⁾.

1) Schimpf, Vertrag, S. 63.

2) Papier, JuS 1981, 499.

3) Asam, BayVBl. 1967, 189; Bisek, Diss., S. 33 f. m.w.N. Fn. 134; Erichsen/Martens, VerwR, § 25 II (S. 272); Frank, DVBl. 1977, 690; Knack, VwVfG, § 54 Rn. 4.3.; Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 8.; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 31; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 3 (S. 328); Schimpf, Vertrag, S. 63 ff.; Wolff, VerwR I, § 22 III g. Zur Tendenz einheitlicher Qualifizierung aller zusammenhängender Vertragsbestandteile BVerwGE 5, 128 (129); 6, 244 (246); 7, 264 (265); 22, 138 (140 f.); BVerwG, NJW 1976, 2360.

4) So etwa BGHZ 76, 16 (20), wo ein Grundstückskaufvertrag mit Bauplanungsabrede als bürgerlich-rechtlich qualifiziert wird.

5) Kottke, Diss., S. 16; Weiß, Diss., S. 13; Pestalozza, JZ 1975, 55 spricht von einem kollisionsrechtlichen Vorrang; s. auch BVerwG, DVBl. 1973, 800 (801 f.).

6) BGHZ 32, 214 (216); 43, 34 (37); 56, 365 (373); Barocka, VerwArch. 51 (1960), S. 27; Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 36; Clasen, DÖV 1959, 281 ff.; Eckert, DVBl. 1962, 20; Eyermann/Fröhler, VwGO; § 40 Rn. 30; Gern, Vertrag, S. 55 ff. (dazu kritisch Clemens, Verw. 1979, 383); Imboden, Vertrag, 108 ff.; Konrad, Diss. S. 41 ff.; Lerche, Staatsbürger II, S. 66 f.; Stern, VerwArch. 49 (1958), S. 152 f.; ders., AöR 84 (1959), S. 323 ff.

7) Dazu Kottke, Diss., S. 16.

Die Auswirkungen einer konsequenten Trennung werden anhand eines Grunderwerbsvertrages mit Bebauungsplanzusage deutlich. Die einzelnen Rechte und Pflichten wären hinsichtlich der Zulässigkeit ihrer Begründung und der Rechtmäßigkeit ihres Inhalts - unter Aufhebung der vertragstypischen "Waffengleichheit" - unterschiedlichen Vorschriften des öffentlichen und des Privatrechts unterworfen¹⁾. Ferner würde der Rechtsweg aufgespalten²⁾: Während für die Durchsetzung des Anspruchs aus der Planungszusage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet wäre, müßte die Gemeinde ihre Kaufpreisforderung im Zivilrechtsweg geltend machen. Probleme entstünden schließlich in der Situation einer Zug um Zug - Verurteilung und bei der Zwangsvollstreckung³⁾. Schwierig wäre auch die Rechtswegfrage bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit des gesamten Vertrages und bei solchen, die sich bei Prozeßbeginn noch nicht auf einen Teil des Vertrages beschränken lassen⁴⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht, das die Existenz gemischter Verträge grundsätzlich anerkennt⁵⁾, hat eine Einschränkung der Trennungstheorie vorgenommen. Abzustellen ist danach auf den Gesamtcharakter des Vertrages. Erweist sich der Gesamtcharakter der getroffenen Vereinbarung als vom öffentlichen Recht her bestimmt, so gehört er dem öffentlichen Recht an, soweit die Enge des Zusammenhangs es verlangt, die beiderseitigen Leistungen nach übereinstimmenden Regelungen zu beurteilen. Entscheidend ist, inwieweit enge Verknüpfungen mit öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen existieren⁶⁾. Steht einer eindeutigen öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht eine Gegenleistungspflicht der Vertragspartners gegenüber, so muß wegen des untrennbaren Zusammenhangs beider Rechtspflichten auch die Gegenleistungspflicht dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Der topos des Sachzusammenhangs kraft gegenseitiger Leistungsverknüpfung bewirkt einen eindeutigen Vorrang der öffentlich-rechtlichen Zuordnung. Nicht die privatrechtliche Kaufpreiszahlungspflicht verleiht danach dem Vertrag den Charakter, vielmehr dominiert die öffentlich-rechtliche Bebauungsplanzusage gegenüber anderen Leistungspflichten kraft untrennbaren Sachzusammenhangs⁷⁾.

1) BVerwG, NJW 1980, 2538; Erichsen/Martens, VerwR, § 25 II (S. 272); Schimpf, Vertrag, S. 67.

2) BVerwG, NJW 1980, 2538, Frank, DVBl. 1977, 690; Schimpf, ebd.

3) Schimpf, ebd. m.w.N. Fn. 149, 150.

4) Ebd. m.w.N. Fn. 148.

5) BVerwG, NJW 1980, 2538; DÖV 1981, 878. Danach müssen Verträge nicht notwendig von ein und derselben Rechtsqualität sein, vielmehr können sich privat- und öffentlich-rechtliche Bestandteile mischen.

6) BVerwGE 42, 331 (333); sowie mit Zuordnung nach dem Schwergewicht BVerwG, NJW 1976, 2360; eingeschränkt auch BGHZ 56, 365 (372 f., Enge der Beziehungen).

7) So Papier, JuS 1981, 499.

Nach der Einheitstheorie, die bei gemischten Verträgen nur eine einheitliche Rechtsnatur anerkennt¹⁾, ist der Vertrag infolge des Vorrangs der öffentlich-rechtlichen Planungszusage grundsätzlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Das schließt allerdings nicht aus, daß in einem Erklärungszusammenhang mehrere selbständige Verträge unterschiedlichen Rechtscharakters enthalten sind, die lediglich äußerlich in einer Urkunde zusammengefaßt sind²⁾. Ob eine solche Vertragsbindung aus selbständigen Verträgen vorliegt, ist sodann eine Auslegungsfrage im Einzelfall³⁾.

Einheitstheorie und Trennungstheorie in der Modifikation durch das BVerwG gelangen vorliegend zu identischen Ergebnissen. Sowohl die Planungszusage als auch die Kaufpreiszahlungspflicht des Bürgers sind beiden Ansichten zur Folge nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Weitergehende Vereinbarungen können einen anderen Rechtscharakter aufweisen, weil sie entweder selbständige Verträge darstellen⁴⁾ oder als trennbare Bestandteile des Gesamtvertrages ihrem eigenen Rechtskreis entsprechend zuzuordnen sind⁵⁾.

Anders als das BVerwG hat der BGH⁶⁾ einen Grunderwerbsvertrag mit Bauplanungszusage als privatrechtlichen Vertrag gewertet⁷⁾. Der BGH gelangt zu einem abweichenden Ergebnis, weil er in der Planungszusage keine wirksame Anspruchsbegründung zur Planaufstellung sieht, sondern sie als Übernahme einer privatrechtlichen Gewährleistung auffaßt⁸⁾. Das divergierende Ergebnis beruht primär auf einem anderen Verständnis der Planungszusage und nicht auf einer abweichenden Abgrenzung privat- und öffentlich-rechtlicher Verträge. Würde er in der Planungszusage die Einräumung eines Anspruchs auf Erlaß eines Bebauungsplanes sehen, könnte auch der BGH dem Vertrag die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur nicht absprechen⁹⁾.

Sowohl die Planungsverpflichtung der Gemeinde als auch die jeweilige Gegenleistungspflicht des Bürgers sind danach als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, so daß ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG gegeben ist.

1) Knack, VwVfG, § 54 Rn. 4.3. m.w.N.

2) Erichsen/Martens, VerwR, § 25 II (S.272); Knack, ebd.; Kopp, VwVfG, § 54 Rn.8; Kottke, Diss., S.17 f. m.w.N. Fn.54; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn.31; Schimpf, Vertrag, S.64; vgl. BVerwGE 22, 138 (140).

3) Schimpf, ebd.

4) So die Trennungstheorie.

5) So die Einheitstheorie.

6) BGHZ 76, 16 = NJW 1980, 826 = DVBl. 1980, 679.

7) Der BGH stellt dabei auf den Schwerpunkt der Vereinbarung ab und sieht diesen in der kaufrechtlichen oder dinglichen Abrede; BGHZ 56, 365 (373); 76, 16 (20); ebenso OLG München, BayVBl. 1980, 504 (505). Zur Ablehnung dieses stark vom Zufall geprägten Kriteriums Knack, VwVfG, § 54 Rn. 4.3.; Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 8 m.w.N.

8) Dazu ausführlich 3.Kap.I. 5. a) bb) und c) ee).

9) Ebenso Papier, JuS 1981, 500.

b) Die Zulässigkeit der Vertragsform

Nachdem § 9 VwVfG der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf die vertragliche Zusage nicht entgegensteht, ist diese grundsätzlich an den §§ 54 ff. VwVfG zu messen. Das von § 54 S. 1 VwVfG geforderte konkrete Rechtsverhältnis liegt auch dann vor, wenn eine Gemeinde sich gegenüber einem einzelnen verpflichtet, einen Bebauungsplan aufzustellen¹⁾. Damit wird ein auf die Regelung eines Einzelfalles gerichtetes Rechtsverhältnis begründet²⁾.

Nach § 54 S. 1 Halbs. 2 VwVfG ist ferner zu prüfen, ob die Handlungsform des Vertrages zur Begründung eines Rechtsanspruchs auf Bebauungsplanung ausgeschlossen ist. Glanegger³⁾ entnimmt dem Bundesbaugesetz ein "Bindungsverbot", einen bestimmten Bebauungsplan zu erstellen, "was zu einer Unzulässigkeit der Regelungsform des Vertrages führt"⁴⁾.

Diese Argumentation differenziert jedoch nicht ausreichend zwischen der Zulässigkeit der Handlungsform und der Rechtmäßigkeit des Vertragsinhalts⁵⁾. Bei der Zulässigkeit der Handlungsform wird nicht gefragt, welcher Vertragsinhalt rechtmäßig wäre, sondern ob eine Regelung nur durch einseitiges, hoheitliches und nicht durch vertragliches Handeln herbeigeführt werden darf⁶⁾. Diese Frage stellt sich daher auf einer früheren Stufe⁷⁾. Wäre die Annahme eines Bindungsverbotes richtig, so folgte hieraus noch nicht die Unzulässigkeit der Handlungsform, sondern die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts⁸⁾.

Im übrigen ergibt sich aus keiner Regelung des Planaufstellungsverfahrens, noch aus den Eigenarten des Bauplanungsrechts, daß ein Anspruch auf eine bestimmte Bebauungsplanung nur durch einseitig hoheitliches Handeln und nicht durch Vertrag begründet werden kann. Ein ausdrückliches oder sinngemäßes⁹⁾ Verbot der Rechtsform des Vertrages kann daher nicht angenommen werden¹⁰⁾.

Der Gemeinde steht es deshalb grundsätzlich frei, durch einseitige Zusagen zu handeln oder sich vorbehaltlich der Mitwirkung des bauwilligen

1) Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 41; Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 7; Papier, ebd.; vgl. auch BVerwG, NJW 1980, 2538; DÖV 1981, 878.

2) Bonk, ebd., Rn. 9a.

3) Diss., S. 118.

4) Ähnlich H. Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 57 (Schluß auf ein implizites Vertragsformverbot aus dem Vergleich zwischen Normsetzungs- und Vertragsverfahren).

5) Zur Unterscheidung vgl. BVerwGE 23, 213 (215 f.); 42, 331 (334 f.); Götz, JuS 1970, 3; H. Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 66 ff.; kritisch Obermayer, Grundzüge, S. 139 Fn. 11.

6) Heberlein, Auswirkungen, S. 453.

7) Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 52.

8) Ebd., Rn. 56, 61.

9) Ein Vertragsformverbot besteht nicht nur bei ausdrücklicher Untersagung, sondern auch dann, wenn Sinn und Zweck einer Norm vertragliches Handeln verbieten; so Grupp, VerwArch. 69 (1978), S. 138 m.w.N. auf die h.M. Fn. 102.

10) Im Ergebnis ebenso Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 61; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 56.

Planungspartners der Vertragsform zu bedienen.

c) Das subordinationsrechtliche Vertragsverhältnis

Nach § 54 S.2 VwVfG kann die Behörde insbesondere, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließen. Damit wird zwar nicht der Anwendungsbereich der §§ 54 ff. VwVfG eingeschränkt, aber über die Anwendung einzelner Vorschriften (§§ 55, 56, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1 VwVfG) entschieden, die einen Vertrag im Sinne des § 54 S.2 VwVfG voraussetzen¹⁾. Fraglich ist, ob es sich bei der Bebauungsplanabrede um einen solchen Vertrag handelt²⁾.

Die Formulierung des § 54 S.2 VwVfG deutet eine Beschränkung auf Verträge an, die einen Verwaltungsakt "ersetzen". Eine solche Einschränkung läßt sich jedoch weder aus der amtlichen Begründung oder dem systematischen Zusammenhang noch aus der Zielsetzung der Norm begründen. Das Ziel der gesteigerten normativen Anforderungen an Verträge nach § 54 S.2 VwVfG ist es, der Schutzbedürftigkeit des Privaten Rechnung zu tragen³⁾. Insbesondere sollen die Gefahren für einen unterlegenen, rechtsunerfahrenen Vertragspartner vermindert werden, die entstehen können, wenn die Verwaltung ihre potenzielle Überlegenheit bei einseitiger Regelungsbefugnis ausspielt, um diesen zu einem Nachgeben oder einer Gegenleistung zu bewegen, die durch Verwaltungsakt möglicherweise nicht fest- oder durchsetzbar wäre⁴⁾. Schutzzweck der §§ 56 und 59 Abs. 2 VwVfG ist es, zu verhindern, daß die Verwaltung entweder ihre Machtposition mißbraucht, um den Vertragsinhalt zu diktieren, oder sich ihre Hoheitsbefugnisse "abkaufen" läßt⁵⁾. Wenn die Mißbrauchsgefahr der Grund für eine strengere Behandlung von Vertragsfehlern im Sondervertragsrecht ist, so trifft diese Erwägung auf alle subordinationsrechtlichen Verträge zu⁶⁾.

Mit der schon früh als wenig glücklich kritisierten Umschreibung⁷⁾ "anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen" definiert § 54 S.2 VwVfG

- 1) Unzutreffend ist daher der Einwand Obermeyers (BayVBl. 1977, 548 f.), die Unanwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG ergebe sich schon aus § 54 S.2 VwVfG. Liegen dessen Voraussetzungen nicht vor, so ist der verwaltungsrechtl. Vertrag lediglich nicht subordinationsrechtlich.
- 2) Problem gesehen von Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 56; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1a (S. 332).
- 3) Degenhart, NVwZ 1982, 72 m.w.N. Fn. 23.
- 4) Schimpf, Vertrag, S. 71.
- 5) Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1 (S. 331) mit Hinweis auf die amlt. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 80 f., 82.
- 6) So Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 39, der für eine extensive Auslegung des § 54 S.2 VwVfG auf normbezogene Verträge eintritt. Wenn die Norm primär auf verwaltungsaktbezogene Verträge abstellt, so läßt sich dies nur aus der Selbstbeschränkung durch § 9 VwVfG verstehen; Degenhart, NVwZ 1982, 72.
- 7) Bleckmann, VerwArch. 63 (1972), S. 409; Bullinger, DÖV 1977, 813 Fn. 3; Erichsen/Martens, VerwR, § 27 I (S. 278); Kopp, VwVfG, § 54 Rn. 20; Kottke, Diss., S. 8; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 13; ders., JuS 1976, 494; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 45; Schimpf, Vertrag, S. 75.

daher lediglich den subordinationsrechtlichen Vertrag¹⁾. Entgegen seinem Wortlaut eröffnet § 54 S.2 VwVfG deshalb der Verwaltung nicht die Wahlmöglichkeit zwischen Verwaltungsakt und Vertrag, sondern betrifft die Zulässigkeit der Handlungsform des Vertrages im Subordinationsverhältnis²⁾.

Als subordinationsrechtlich kann ein Vertrag bezeichnet werden, "wenn die Vertragspartner normalerweise im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander stehen, also z.B. Staat und Bürger"³⁾. Erforderlich ist insoweit eine abstrakte Überordnung außerhalb der vertraglichen Beziehung⁴⁾, die durch die Möglichkeit charakterisiert wird, einseitig regelnd in die Rechtssphäre des Vertragspartners einzugreifen⁵⁾. Diese abstrakte Möglichkeit wird insbesondere durch die territoriale Zuständigkeit des Trägers öffentlicher Verwaltung begründet, die aufgrund der Belegenheit einer Sache bestehen kann⁶⁾. Ein solches Subordinationsverhältnis besteht ebenso angesichts der einseitigen Regelungsbefugnis der Gemeinde zur Aufstellung planungsrechtlicher Vorschriften und der Verpflichtung hierzu⁷⁾. Die Planungsabrede ist damit subordinationsrechtlich, mithin ein Vertrag im Sinne des § 54 S.2 VwVfG.

-
- 1) Ebd.; sowie amtl. Begr. zu § 54 S.2 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S.79 f. (ausdrücklich zum subordinationsrechtl. Vertrag). Ob die Absicht des Gesetzgebers im Gesetzestext ausreichend zum Ausdruck gekommen ist, bezweifelt Wallerath (VerwR, § 8 III 2). Vgl. ferner Volker Büchner, Bestandskraft, S.13; Degenhart, NVwZ 1982, 72; Frank, DVBl. 1977, 682; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II.1.a)(S.332, mit Hinweis auf die Parallele zur einseitigen Zusage).
 - 2) Erichsen/Martens, VerwR, § 27 I (S.278).
 - 3) Amtl. Begr. zu § 54 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S.78.
 - 4) So die h.M.: Degenhart, NVwZ 1982, 72; Göldner, JZ 1976, 353; Kopp, VwVfG, § 54 Rn.20; Kottke, Diss., S.7 f.; Maurer, VerwR, § 14 Rn.12; Stern, VerwArch. 49 (1958), S.143 f.
Die m.M. fordert demgegenüber hinsichtlich des konkreten Vertragsgegenstandes ein Subordinationsverhältnis, so daß die Behörde imstande wäre, im konkreten Fall eine einseitige Regelung mit konkretem Inhalt zu erlassen; so Bonk, VwVfG, § 54 Rn.25; Bulfinger, DÖV 1977, 813 Fn.3; Weiß, Diss., S.4 f. m.w.N.
Gegen eine konkrete Verwaltungsaktermächtigung spricht jedoch der Wortlaut des § 59 Abs.2 Nr.2, 3 VwVfG; so zutreffend Schimpf, Vertrag, S.70 f.; ebenso Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn.45 (Schluß aus § 59 Abs.2 Nr.1 VwVfG).
 - 5) Schimpf, Vertrag, S.71.
 - 6) Ebd.
 - 7) Ebd., S.84; im Ergebnis ebenso Krebs, VerwArch.72 (1981), S.56 (unter Anwendung von § 59 Abs.2 VwVfG) Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn.56; offen gelassen bei Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1a (S.332).

d) Vorgezeichnete Probleme bei Anwendung
der gesetzlichen Regelungen

Wenn einige Autoren die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf Bebauungsplanabreden – anders als hier vertreten – grundsätzlich verneinen¹⁾, so mag der unausgesprochene Grund hierfür auch in der bezweiferten Eignung nicht differenzierender Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Bauleitplanung liegen. Die vertragliche Planungszusage verdeutlicht – wie noch zu zeigen sein wird – tatsächlich das Bedürfnis für solche Regelungen, die spezifisch auf die Bauleitplanung zugeschnitten sind und von denen des Verwaltungsverfahrensgesetzes abweichen.

Auf die Notwendigkeit sachbezogener, differenzierender Vorschriften für das Vertragsrecht zur Regelung spezifischer Sachfunktionen in einzelnen Verwaltungsgebieten hatte Bullinger²⁾ bereits vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes hingewiesen. Der Gesetzgeber hat sich über diese Bedenken hinweggesetzt und eine allgemeine Regelung sachnahen Einzelregelungen gegenüber vorgezogen. Wo diese allgemeinen Regelungen nicht passen, vielmehr das Bedürfnis spezifischer Regelungen besteht, werden somit die interpretatorischen Versuche einiger Autoren verständlich, bestimmte Vertragstypen dem Anwendungsbereich der §§ 54 ff. VwVfG zu entziehen. Infolge der weiten Fassung des Gesetzes ist dieser Weg jedoch nicht gehbar; §§ 54 ff. VwVfG sind insbesondere auch auf Bauplanungsvereinbarungen anzuwenden.

Aus der weiten Geltung des Gesetzes für jede Art verwaltungsrechtlicher Verträge resultiert damit das Dilemma des allgemeinen öffentlichen Vertragsrechts³⁾: Angesichts der unterschiedlichen Fragestellungen für einzelne Vertragstypen besteht das vom Gesetzgeber nicht befriedigte Bedürfnis einer differenzierenden Betrachtungsweise nach dem jeweiligen Gegenstand und Inhalt des Vertrages. Dieses Manko läßt sich nur durch eine sachlich und rechtlich angemessene Auslegung des Gesetzes ausgleichen⁴⁾. Soweit sich daher für die Bebauungsplanvereinbarung herausstellt, daß einzelne Normen der §§ 54 ff. VwVfG nicht nur nicht auf sie zugeschnitten sind, sondern der Materie überhaupt nicht entsprechen, müssen Interpretationsmodelle für diese Normen entwickelt werden, um so Wege zur Lösung der Problematik aufzuzeigen.

- 1) So im Ergebnis Birk, NJW 1977, 1798; Obermayer, VwVfG § 54 Rn. 95; ders. BayVBl. 1977, 548 f.; Reichert/Dürr, BauR, S. 20.
- 2) GS Hans Peters, S. 680 ff.; so neuerdings auch Pietzcker, VVDStRL 41 (1983), S. 210; vgl. ebenfalls die frühe Kritik von Baring, DVBl. 1965, 180 ff.; Redeker, DÖV 1966, 543 ff.; Spanner, DVBl. 1964, 849.
- 3) Gusy, DVBl. 1983, 1229.
- 4) Gusy (ebd.) sieht hierin den geeigneten Weg, der Vielschichtigkeit auftretender Probleme gerecht zu werden.

Drittes Kapitel

Die Rechtmäßigkeit der Zusagen

Rechtmäßigkeit richtet sich aus am Begriff der Rechtswidrigkeit, der für Rechtsakte verwendet wird, die nach dem Gebot des Rechts nicht hätten vorgenommen werden dürfen¹⁾. Das öffentliche Recht erhebt dabei im Vergleich zum Zivilrecht strengere Anforderungen insbesondere an das Verhalten der öffentlichen Hand²⁾. Rechtswidrigkeit wird dadurch gekennzeichnet, daß die Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung mißachtet werden³⁾. Die maßgeblichen Anforderungen an das Verhalten des jeweiligen Trägers öffentlicher Verwaltung können durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung umschrieben werden⁴⁾. Zum Kernbestand des Gesetzmäßigkeitsprinzips gehören Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes⁵⁾.

I. Der Vorrang des Gesetzes

Das Prinzip des Gesetzesvorrangs bedeutet, daß abstrakte und konkrete Staatsakte höherrangigem Recht nicht widersprechen dürfen⁶⁾. Das Gesetz ist die maßgebliche Richtschnur, an der jede Betätigung der Exekutive zu messen ist⁷⁾. Damit limitiert das Vorrangprinzip die faktisch möglichen Verhaltensweisen, indem es solche, die gegen Gesetz und Recht verstoßen, für rechtswidrig erklärt⁸⁾. Auch die Zusage, gleichgültig ob in einseitiger oder vertraglicher Form erteilt, unterliegt dem Vorrang des Gesetzes, so daß die Gemeinde bei ihrer Erteilung hinsichtlich Verfahren und Inhalt der Zusage bestehendes, höherrangiges Recht zu beachten hat⁹⁾. Wo die Verfassung, formelle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen oder das Gewohnheitsrecht entgegenstehen¹⁰⁾, ist demnach kein Platz für die Abgabe einer Zusage.

Gegen die Rechtmäßigkeit der Bebauungsplanzusagen werden umfassende Bedenken vorgebracht. Insbesondere sollen ihr allgemeine Grundsätze verfassungsrechtlicher Natur und Normen des Bundesbaugesetzes entgegenstehen. Sollen Bebauungsplanzusagen den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes genügen, sind diese Bedenken zunächst auszuräumen.

1) Kirchhof, Rechtswidrigkeiten, S. 5; Larenz, Methodenlehre, S. 464.

2) Schimpf, Vertrag, S. 125.

3) Ebd., S. 131 f. im Anschluß an Bierling, Prinzipienlehre, 3.Bd. S. 171.

4) Schimpf, ebd., S. 132.

5) Für viele Maurer, VerwR., § 6 Rn. 1, (S. 75); Ossenbühl, VerwR, § 5 II (S. 61); Pietzcker, JuS 1979, 710.

6) Schnapp, Amtsrecht, S. 237.

7) Selmer, JuS 1968, 489; Schimpf, Vertrag, S. 133.

8) Schnapp, Amtsrecht, S. 238.

9) Der Vorrang des Gesetzes gilt in jedem Fall unabhängig von der Handlungsform, derer sich die Verwaltung bedient; vgl. für Vertrag BVerwGE 23,213 (216); 42,331 (334,zum Folgelastenvertrag); 49,359 (361); BVerwG, NJW 1980, 1294 f.

10) So Jesch, Gesetz, S. 187.

1. Zur Doktrin "Kein Anspruch auf Normerlaß"

Der Rechtmäßigkeit kommunaler Planungszusagen wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur entgegengehalten, sie richte sich, da der Bebauungsplan nach § 10 BBauG als Satzung zu beschließen sei auf Normsetzung¹⁾. Da die Befugnis zum Normerlaß nicht gebunden werden könne, gebe es auch keinen Anspruch gegen einen Normgeber auf ein bestimmtes normatives Handeln²⁾. Eine Normsetzungszusage sei daher rechtswidrig³⁾.

Ob diese Argumentation der Rechtmäßigkeit einer Bebauungsplanzusage entgegensteht⁴⁾, hängt davon ab,

- a) ob der Bebauungsplan überhaupt Rechtsnormcharakter aufweist,
- b) ob die grundsätzliche Ablehnung eines Anspruch auf Normerlaß heute noch begründet ist und
- c) ob die Argumentation aus der parlamentarischen Gesetzgebung auf den Satzungserlaß der Gemeinde übertragen werden kann.

Soweit ein Anspruch auf Bauplanung mit Hinweis auf die Doktrin "Kein Anspruch auf Normerlaß" abgelehnt wird, setzt dies zunächst voraus, daß der Plan Rechtsnormcharakter aufweist, so daß die Erörterung in den Bereich der Argumentation fällt.

-
- 1) HessVGH, ESVGH 22, 224 (225 f.); Bouska, BayBgm.1969, 92; Rebhan, Diss., S. 364 ff. m.w.N.; Zschoch, Diss., S. 129 m.w.N. Fn. 1.
 - 2) Vgl. Krüger, Staatslehre, S. 787 Fn. 106, S. 886 f.; Luhmann, BayVBl.1974, 457; Simon, BayVBl.1974, 147; für Rechtsverordnungen BVerwGE 7, 188.
 - 3) Verträge, Abreden und bindende Zusagen über die Handhabung der normgebenden Gewalt seien nichtig. Bullinger, Vertrag, S. 82; Forsthoff, Lehrbuch, S. 278; ders., Planung III, S. 36 f.; Krüger Staatslehre, S. 913; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 54 ff.; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rn. 215.
 - 4) Für eine Übertragung auf die Bebauungsplanung HessVGH, ESVGH 22, 224 (225 f.); Asam, BayVBl.1967, 191; Bielenberg, DVBl.1967, 257 Fn. 20; Bouska, BayBgm.1969, 92; Glanegger, Diss., S. 117 f. m.w.N.; Luhmann, BayVBl.1974, 457; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 54 ff.; Rebhan, Diss., S. 364 ff.; Simon, BayVBl.1974, 147; Tittel, DVBl.1967, 38; Zschoch, Diss., S. 135; a.A. Redeker, DÖV 1966, 544 Fn. 13; ohne weitere Problematisierung Obermayer, Grundzüge, 1. Aufl. 1964, S. 36.

a) Die Rechtsnatur des Bebauungsplanes

Die Gemeinde beschließt den Bebauungsplan nach § 10 BBauG als Satzung¹⁾. Da Satzungen Rechtsnormen sind, scheint die Frage der Rechtsnatur durch die Entscheidung des Gesetzgebers geklärt zu sein²⁾. Folgerungen von der Form auf den Rechtscharakter sind jedoch keineswegs zwingend³⁾. Wenn der Gesetzgeber durch § 10 BBauG die Form des Bebauungsplanes festgelegt hat, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Plan eine Satzung im üblichen Sinne darstellt. § 10 BBauG erklärt nur, daß der Plan verfahrensrechtlich wie eine Satzung behandelt werden soll⁴⁾, mehr gibt die Norm nicht her⁵⁾. Insbesondere ist sie nicht in der Lage, die Rechtsnatur des Bebauungsplanes zu bestimmen, da die rechtliche Qualifizierung eines Hoheitsaktes der freien Gestaltung des Normgebers entzogen ist⁶⁾.

Selbst wenn der Streit um die Rechtsnatur des Bebauungsplanes durch § 10 BBauG nicht entschieden ist, geht die h. M. von der Rechtsnormqualität des Bebauungsplanes aus⁷⁾. Zum Teil wird dabei eingeräumt,

- 1) Nur Berlin und Hamburg haben von der Ermächtigung des § 188 Abs. 2 S. 1 BBauG Gebrauch gemacht. In Berlin wird der Bebauungsplan durch Rechtsverordnung des Senators für Bau- und Wohnungswesen (§ 4 AG BBauG) und in Hamburg durch Rechtsverordnung oder Gesetz des Senats beschlossen (§ 2 Gesetz über die Feststellung von Bauleitplänen und ihre Sicherung).
- 2) BVerwG, NJW 1964, 2126; BayVerfGH, DVBl. 1966, 798 f.; HessVGh, ESVGH 22, 224 ff.; OVG Münster, DVBl. 1968, 529; BGHZ 22, 32 (36 ff.); Bachof, VerwR I, S. 212 f.; Hees, Diss., S. 35, 37; Rebhan, Diss., S. 366; Stich, JuS 1964, 341.
- 3) v. Mutius, FS Hans Wolff, S. 178.
- 4) Bachof, VVDStRL 30 (1972), 358; ebenso v. Mutius, ebd. Mit § 10 BBauG wollte der Gesetzgeber nur die Art des zulässigen Rechtsmittels bestimmen. Durch die Festlegung der für den Rechtsschutz maßgeblichen äußeren Form ist der Bebauungsplan der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage entzogen worden. Die Frage der Rechtsnatur des Bebauungsplanes, die früher einseitig unter Rechtsschutzgesichtspunkten geführt wurde, hat damit an Interesse verloren; Schmidt-Aßmann, BBauG, § 1 Rn. 22; Voigt, Rechtsformen, S. 88; vgl. ferner Bartelsperger, DVBl. 1967, 360 ff.; Battis, ÖffBauBoR, S. 48; Blümel, DVBl. 1972, 123; Breuer, Planung, S. 45; Brohm, Rechtsschutz, S. 35; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 279; Umbach, DVBl. 1971, 743; sowie BT-Ders. 3/336, S. 65.
- 5) Bachof, VerwR I, § 47 IX d 1 (S. 400); ders. VVDStRL 30 (1972) S. 358; Birk, NJW 1977, 1799; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 281; Westbomke, Anspruch, S. 92, n.w.N. Fn. 131.
- 6) Brohm, Rechtsschutz, S. 34, 37; Maurer, FS Eduard Kern, S. 285; v. Mutius, FS Hans Wolff, S. 183; Volkmar, Rechtssatz, S. 54; Voigt, Rechtsformen, S. 88; Westbomke, ebd. Zu Maßnahmen, die formell als Rechtsnorm, materiell als VA ergehen, v. Engelhardt, Rechtsschutz, S. 41 ff.
- 7) BVerfGE 31, 364 (368 f. "materielle Gesetzgebung"); BVerwG in ständ. Rspr. seit DVBl. 1969, 276; BGHZ 22, 32 (36 ff.); HessVGh, ESVGH 22, 224 (226); BayVGh, DVBl. 1965, 294; OVG Lüneburg, DVBl. 1971, 322; Asam, BayVBl. 1967, 191 m.w.N. Fn. 39; Breuer, Planung, S. 65, 194 m.w.N. Fn. 92; Brohm, Rechtsschutz, S. 43 ff.; Fingerhut, Gemeindenachbarklage, S. 129 ff.; Glanegger, Diss., S. 117; Götz, Bauleitplanung, S. 19 ff.; Ule, VerwPrR. S. 177; Volk-

daß es sich beim Bebauungsplan nach seinem Inhalt und seinem Verfahren zumindest um eine "atypische Rechtsnorm¹⁾" handelt, oder daß er dem Verwaltungsakt nahesteht²⁾.

aa) Anzeichen für eine "atypische Rechtsnorm"

Für einen Rechtsnormcharakter spricht grundsätzlich die Planauslegung mit ihrer Bekanntmachung nach § 12 BBauG³⁾; sie ersetzt insoweit die für Rechtssätze normale Form der Verkündung des Rechtssatzes durch Abdruck in einem amtlichen Verkündungsblatt. Selbst wenn die Form der Veröffentlichung durch Bekanntmachung der Genehmigung⁴⁾ und der Hinweis auf die öffentliche Auslegung des Planes erheblich von der üblichen Form abweichen, verbieten sich Rückschlüsse hieraus, weil eine andere Art der Veröffentlichung bei einem Kartenwerk kaum möglich ist⁵⁾.

Ungleich stärker als der abstrakte, allgemeine Rechtssatz im herkömmlichen Sinne ist der Bebauungsplan wirklichkeitsbezogen. Da er weniger auf Geltung als vielmehr auf konkrete Erfüllung angelegt und daher für Störungen durch abweichende, tatsächliche Entwicklungen anfälliger ist, kann er seine Gültigkeit durch Bildung abweichenden Gewohnheitsrechts oder funktionslos gewordenen Inhalts einbüßen⁶⁾. Andererseits kann er jedoch nicht durch Gewohnheitsrecht entstehen. Beides spricht eher gegen eine eindeutige Qualifizierung als Rechtsnorm⁷⁾.

mar, Rechtssatz, S. 184 ff.; w.N. bei Voigt, Rechtsformen, S. 90 Fn. 1 a.A. Niehues, Dinglichkeit, S. 141; ders., DÖV 1965, 323 f. (Bündel dinglicher Verwaltungsakte); vgl. w.N. bei Schrödter, DVBl. 1973, 764.

Zum Vorzug des VA de lege ferenda Obermayer, VVDStRL 18 (1960), S. 164 f.; dazu ablehnend Söfker, Bürgerbeteiligung, S. 155 ("dies werfe noch mehr Fragen auf, als die Lösung in § 155 a BBauG"); neuerdings auch Schmidt-Aßmann, DVBl. 1984, 586 (eine Umqualifizierung sei für den Bebauungsplan heutigen Zuschnitts nicht sachgerecht).

1) Schlichter, BBauG § 10 Rn. 1.

2) Bachof, VVDStRL 18 (1960), S. 186; Friauf, BesVerwR, S. 545; Martens, JuS 1979, 267; Obermayer, VVDStRL 18 (1960), S. 164 ff.; Ritter, DÖV 1976, 805; w.N. bei Schmidt-Aßmann, Grundfragen, S. 64 Fn. 3; Westbomke, Anspruch, S. 92 Fn. 136.

3) So schon BVerwGE 3, 261; a.A. Forsthoff, DVBl. 1957, 115.

4) Die Verfassungsmäßigkeit dieser Ersatzverkündung war bis vor kurzem umstritten; dazu HessVGh, BauR 1981, 450 ff. (verneinend); jetzt bejaht BVerfG, DVBl. 1984, 183 ff. Vgl. ferner zum Verkündungserfordernis des § 12 BBauG BGH, NJW 1981, 2060 (2061); BauR 1982, 236 ff.; OVG Lüneburg, DÖV 1982, 912, (dazu ablehnend Kirchmeier, BauR 1983, 12 ff.).

5) BVerfG, DVBl. 1984, 183 (184); Fingerhut, Gemeindenachbarklage, S. 130 f.

6) BVerwGE 26, 282 (284 ff.); 54, 5 (9); BGH, BauR 1983, 231 (232); OVG Berlin, BauR 1980, 239 f.

7) BVerwGE 55, 369 (377 f.); BVerwG, DVBl. 1980, 230 (232).

Eine mögliche Zwischenstellung des Bebauungsplanes äußert sich auch verfahrensrechtlich. Anders als im Normsetzungsverfahren üblich, ist im Aufstellungsverfahren des Bebauungsplanes eine Beteiligung der Bürger vorgesehen¹⁾, was für eine Nähe zum Verwaltungsakt spricht. Durch die Rügevorschriften der §§155a und b BBauG sind zudem Elemente der Verwaltungsaktlehre in das Recht des Bebauungsplanes eingeflossen²⁾.

Maßgebend für eine richtige dogmatische Einordnung des Bebauungsplanes kann jedoch weder die Form, die Bezeichnung noch das Verfahren sein, sondern allein seine sachliche Qualität³⁾. Rechtsdogmatisch wird seine Einordnung anhand der herkömmlichen Kriterien zur Abgrenzung von Rechtsnorm und Verwaltungsakt diskutiert⁴⁾, wonach die Norm abstrakt und generell ist, während der Verwaltungsakt seine Regelung konkret und individuell trifft⁵⁾. In diese Kategorien läßt sich der Bebauungsplan nicht ohne weiters einfügen⁶⁾:

bb) Zur generellen Geltung des Bebauungsplanes

Eine generelle Geltung könnte der Bebauungsplan deshalb entfalten, weil er nicht nur die jeweiligen Grundstückseigentümer bindet, sondern auch ihre Rechtsnachfolger und alle sonstigen Berechtigten⁷⁾. Der Kreis der Planbetroffenen ist somit im Zeitpunkt des Planerlasses noch zahlenmäßig unbestimmt und unbestimmbar.

Eine individuelle Geltung des Bebauungsplanes wird demgegenüber damit begründet, daß die bindende Wirkung nicht direkt auf den Plan zurückgeht, sondern als eine auf dem Grundstück liegende "dingliche Last"

1) Pietzcker, VVDStRL 41 (1983), S. 218.

2) Ebd., S. 225 f.

3) Vgl. bereits BVerwGE 3, 261; Forsthoff, DVBl.1957, 115 Fn. 2. Unzutreffend sind daher Rückschlüsse allein aus prozessualen Gesichtspunkten. So sieht Stettner (AöR 102 (1977), S. 563 ff.) bereits in der Zulassung einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen die Aufstellung eines Bebauungsplanes eine Neuorientierung des VerwG (E 40, 323 ff.) zur Qualifizierung als VA. Mit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch gegen noch nicht erlassene Bebauungspläne (bei besonderem Rechtsschutzinteresse) ist jedoch nicht denknotwendig die Einordnung als VA verbunden. Ebenso gut kann das BVerwG damit das Dogma eingeschränkt haben, keinen vorbeugenden Rechtsschutz gegen Rechtsnormen einzuräumen; Dolde, NJW 1979, 890 f.; Schimpf, Vertrag, S. 83 Fn. 69.

4) Zur Unterscheidung von Norm und Einzelakt, Jörn Ipsen, Rechtsfolgen, S. 174 ff.; v. Mutius, FS Hans Wolff, passim.

5) Zur Kritik an den herkömmlichen Kategorien abstrakt/generell und konkret/individuell für viele Schenke, Rechtsschutz, S. 56.

6) Battis, ÖffBauBoR, S. 48; v. Engelhardt, Rechtsschutz, S. 66; Forsthoff, Lehrbuch, S. 310; ders., DVBl.1957, 115; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 279; Imboden, VVDStRL 18 (1960), S. 138; Niehues, DVBl.1982, 321; Schlichter, BBauG, §10 Rn.1; Westbomke, Anspruch, S. 92; a.A. Volkmar, Rechtssatz, S. 189.

7) BVerwGE 11, 14 (17); Breuer, Planung, S. 54, 193; Glanegger, Diss., S. 117; Schlichter, BBauG, §10 Rn.3; Volkmar, Rechtssatz, S. 189 ff.; Voigt, Rechtsformen, S. 90.

verstanden wird, womit ein Verständnis des Bebauungsplanes als dinglicher Verwaltungsakt aufgezeigt wird¹⁾). Der Bebauungsplan regelt die verwaltungsrechtliche Eigenschaft der im Plan ausgewiesenen Grundstücke, das Maß und die Art ihrer Bebaubarkeit (oder Unbebaubarkeit), so daß er dingliche, sachgestaltende Zustandsregelungen vornimmt²⁾. Mit dieser zutreffenden Charakterisierung als dinglicher Hoheitsakt ist jedoch noch nicht gesagt, ob es sich bei dem Bebauungsplan um einen Einzelakt oder eine Rechtsnorm handelt. Erstreckt sich die Regelung auf eine Vielzahl "dinglicher Adressaten" oder auf eine unbestimmte Vielzahl von Fällen, so ist grundsätzlich auch eine dingliche Rechtsnorm denkbar³⁾. Die Feststellung der sachgestaltenden Regelung durch den Bebauungsplan trägt damit nicht unmittelbar zur Lösung des Problems seiner Rechtsnatur bei⁴⁾.

cc) Zur Abstraktheit des Planinhalts

Für eine gebotene weitere Differenzierung dinglicher Hoheitsakte stehen damit wie für alle Hoheitsakte nur die Kriterien der Abstraktheit oder Konkretheit zur Verfügung⁵⁾.

Für seine abstrakte Natur spricht, daß der Bebauungsplan für das gesamte Plangebiet eine allgemeine, vom Einzelfall abstrahierte, übergreifende Ordnung aufstellt⁶⁾. Er koordiniert unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Ordnung des Raumes die Entscheidungen über die städtebauliche Zulässigkeit einer unbestimmten Vielzahl künftiger baulicher und sonstiger Nutzungen im Plangebiet, die zeitlich, örtlich und sachlich voneinander unabhängig sind⁷⁾.

Eine solche Argumentation übersieht jedoch, daß der Bebauungsplan seine Regelungen - anders als ein abstrakter Rechtssatz - "im Angesicht der konkreten Rechtslage" trifft⁸⁾. Er koordiniert vorweggenommene Einzelentscheidungen⁹⁾, die sich auf einzelne Grundstücke beziehen, womit die konkrete Gestaltung für das jeweilige Grundstück präzise festgelegt wird¹⁰⁾.

- 1) Ausführlich Niehues, DÖV 1965, 319 ff.; neuerdings ders., DVBl.1982, 321 f.; Brohm, Rechtsschutz, S.54 f.; Obermayer, VVDStRL 18 (1960), S.157 f.; dazu Voigt, ebd.
- 2) Bachof, VerwR I, § 47 IX d (S.399).
- 3) Niehues, DÖV 1965, 323; ferner Menger/Ericksen, VerwArch. 59 (1968), S.369; v. Mutius, FS Hans Wolff, S.211; Renck, JuS 1967, 547; Voigt, Rechtsformen, S.91 f.
- 4) So auch Voigt, ebd., S.92.
- 5) Renck, JuS 1967, 547 ff.; Voigt, ebd., S.92.
- 6) Brohm, NJW 1981, 1695.
- 7) Breuer, Planung, S.54.
- 8) BVerwGE 40, 268 (272 f.); 50,114 (119).
- 9) Der Bebauungsplan wird daher auch als "Summe koordinierter, vorweggenommener Einzelfallentscheidungen" bezeichnet; Bachof, VVDStRL 18 (1960), S.192 f.; ders., VerwR I, § 47 IX d 1 (S.400); vgl. ferner Hoppe, DVBl.1964, 172; Lerche, Übermaß, S.280; Niehues, DÖV 1965, 324; Werner, DVBl.1957, 225; vgl.w.N. bei Breuer, NVwZ 1982, 280 Fn.101.
- 10) Brohm, NJW 1981, 1695; Friauf, BesVerwR, S.545; vgl.auch Stelkens/Pagenkopf, DVBl.1977, 669.
Während der Rechtsnorm jedoch nach der herkömmlichen Vorstel-

Verfrüht wäre es jedoch, allein aufgrund dieses Hinweises der konkreten Regelungen eine Qualifizierung des Bebauungsplanes vornehmen zu wollen, da er ebenso Mischformen mit allgemeinen Aussagen enthalten kann¹⁾. Diese Mischung kann sowohl in einer einzigen Aussage, als auch in der Kombination mehrerer, unter sich verschiedener Aussagen liegen²⁾. Insgesamt ist daher beim Bebauungsplan von einem unauflösbaren Gemisch abstrakter und konkreter Aussagen auszugehen³⁾.

Der Bebauungsplan läßt sich somit anhand der herkömmlichen Kategorien nicht vollends erfassen⁴⁾. Ob das Problem seiner Rechtsnatur überhaupt anhand der Alternativität von Rechtsnorm und Verwaltungsakt zu lösen ist, erscheint fraglich.

dd) "Fließende Grenzen" und ihre Konsequenz

Soweit eigenständige Elemente des Bebauungsplanes aufgezeigt werden, könnte seine Qualifizierung außerhalb des Typendualismus⁵⁾ von Norm und Einzelakt naheliegen. Wenn Forsthoff⁶⁾ jedoch den Bebauungsplan gegenüber den typischen Formen staatlichen Handelns als "aliud" bezeichnet⁷⁾ und Weyreuther⁸⁾ als Rechtssatz "sozusagen sui generis", so ist mit dieser Kategorisierung allein nicht wesentlich geholfen⁹⁾.

Einen eigenen Weg geht das BVerwG, indem es von "fließenden Gren-

lung unserer Systematik die "Subsumierbarkeit" eigen ist, bedarf der Bebauungsplan keines zusätzlichen Elements der Rechtskonkretisierung, damit der Bauwillige erkennt, was im konkreten Fall "für ihn rechtens sein soll" (so Otto Mayer, VerwR I, S. 93 zum Verwaltungsakt). Die einer Rechtsnorm nachfolgende selbständige Rechtskonkretisierung durch einen Vollzugsakt wird vielmehr bereits im Rahmen der Abwägung bei der Aufstellung des Bebauungsplanes vorweggenommen, (Vollzugsnorm; Brohm, Rechtsschutz, S. 52 ff; ders., NJW 1981, 1695). Die Vorwegnahme späterer Vollzugsakte bewirkt, daß bereits der Plan selbst unmittelbare rechtliche Wirkungen gegenüber Betroffenen entfaltet; Bartelsperger, DVBl. 1967, 369; Brohm, Rechtsschutz, S. 61; Maurer, FS Eduard Kern, S. 282; a.A. BVerwG, NJW 1957, 1083 (1084).

- 1) BVerwG, BauR 1976, 175 ff. Durch die Verwendung von Text (§ 9 Abs. 1 BBauG) löst sich der Plan vom "konkreten Fall". Für die Frage konkret oder abstrakt ist ferner nach einzelnen Festsetzungen zu differenzieren.
- 2) Schmidt-Aßmann, BauR, § 1 Rn. 22.
- 3) Ebd.; sowie Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 281 (materieller Mischcharakter).
- 4) Nachweise 3. Kap. I. 1. a) aa) letzte Fn.
- 5) Werner, BayVBl. 1976, 709.
- 6) Lehrbuch, S. 310; sowie DVBl. 1957, 144 f. (Rechtsinstitut sui generis außerhalb der Rechtsformen).
- 7) Ebenso Kaiser, Referat 50. DJT, J 12; Ritter, DÖV 1976, 805 Fn. 26.
- 8) Bauen im Außenbereich, S. 63.
- 9) Auch wenn die Charakterisierung als aliud nur eine "Scheinlösung" (Niehues, DVBl. 1982, 321) darstellt, verdeutlicht sie die Unfähigkeit, den Plan anhand der herkömmlichen Handlungsformen zu erfassen; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 279.

zen" spricht¹⁾. Hieran knüpft Hoppe²⁾ an, der zu Recht eine sachgerechte Differenzierung fordert. Die Notwendigkeit einer differenzierenden Zuordnung wird nicht zuletzt vom Bundesbaugesetz selbst vorgezeichnet, das für einzelne Problembereiche anstelle einer stereotypen Zuweisung entweder zur Norm oder zum Einzelakt differenzierende Lösungen für das Aufstellungsverfahren (§§ 2, 2a BBauG), den Planbeschluß (§ 10 BBauG), die Veröffentlichung (§ 12 BBauG) oder die Wirkung einzelner Planaussagen (§ 39j - 44c BBauG) gewählt hat³⁾. Für das jeweilige konkrete Rechtsproblem ist danach eine sachgerechte Zuordnung vorzunehmen, die den besonderen Eigenarten des Bebauungsplanes und seines Aufstellungsverfahrens Rechnung trägt⁴⁾.

Aus der Feststellung "fließende Grenzen" allein ist daher für die Frage eines Anspruchs auf Bebauungsplanung noch nicht viel gewonnen⁵⁾. Weder fällt der Bebauungsplan völlig aus der Argumentation fehlender Normsetzungsansprüche heraus, noch kann diese Argumentation unbeesehen auf den Bebauungsplan übertragen werden. Im folgenden ist deshalb zunächst die Stichhaltigkeit der Doktrin "kein Anspruch auf Normerlaß" zu untersuchen. In jedem Fall erfordert es jedoch das Gebot sachgerechter Zuordnung des Bebauungsplanes, sorgfältig zu prüfen, ob die Argumentation von der parlamentarischen Gesetzgebung auf den Satzungserlaß der Gemeinde übertragbar ist.

-
- 1) BVerwGE 50, 114 (200); ähnlich bereits VGH WB, ESVGH 2, 71 (73; fließender Übergang von normativen und nicht normativen Bestandteilen des Bebauungsplanes).
 - 2) ÖffBauBoR, Rn. 281.
 - 3) Schmidt-Aßmann, Grundfragen, S. 64 f.
 - 4) Ders., BBauG, § 1 Rn. 22. Grundlegend hatte bereits v. Mutius (FS Hans Wolff, S. 216) einen Rückgriff auf die typischen Funktionen von Rechtsnorm und Verwaltungsakt gefordert. Für den Hoheitsakt ist danach jeweils zu prüfen, ob er nach inhaltlichen Faktoren, Wirkungen und Zwecken eher den Funktionen des einen oder des anderen Handlungstyps entspricht.
 - 5) Teilweise wird der Mischcharakter und die Nähe zum VA zumindest als Indiz für einen Anspruch auf Planaufstellung gewertet, weil in dem Grenzbereich zwischen Norm und VA nicht einzusehen ist, warum mit der Qualifizierung des Bebauungsplanes zugleich die Frage eines Anspruchs auf seinen Erlaß entschieden sein soll; Bachof, VerfR I, S. 245 f.; v. Barby, Diss., S. 69; Schenke, Rechtsschutz, S. 56 f.; Westbomke, Anspruch, S. 92.

b) Zur Gültigkeit der Doktrin "kein Anspruch auf Normerlaß"

aa) Die traditionelle staatsrechtliche Vorstellung und ihr Wandel

In der konstitutionellen Monarchie galt, wie auch noch unter der Herrschaft der Weimarer Reichsverfassung, die allgemeine Überzeugung, es gebe kein subjektiv-öffentliches Recht gegenüber dem gesetzgebenden Staat¹⁾. Maßgebend dafür war die Vorstellung, daß Normgebung ausschließlich zum Wohl der Allgemeinheit erfolge²⁾ und der Normgeber selbst ungebunden bleiben müsse: Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung... gezogen hat³⁾.

Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes läßt sich ein Abrücken von der Ansicht der Selbstherrlichkeit und Souveränität der Legislative feststellen⁴⁾. Der deutsche Verfassungsgeber brach mit dieser Vorstellung, indem er den formellen Gesetzgeber den Grundrechten (Art. 1 Abs. 3 GG) und der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) unterwarf⁵⁾. Diese neue Vorstellung fand Eingang in die Gesetzgebungsaufträge des Grundgesetzes, insbesondere in Art. 6 Abs. 5, 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 Abs. 1, 131 GG⁶⁾.

Das BVerfG gab seine anfängliche Zurückhaltung schrittweise auf⁷⁾ und bejahte beim Vorliegen eines entsprechenden Verfassungsauftrags⁸⁾ oder bei willkürlich benachteiligender Normierung aus Grundrechten⁹⁾ die Pflicht des Staates, ein Gesetz zu erlassen¹⁰⁾. Dieser Pflicht korrespondiert dann ein Anspruch des Einzelnen auf Erfüllung,

-
- 1) Vgl. Bähr, Rechtsstaat, S. 134; Grau, FS Ernst Heinitz, S. 410; Georg Jellinek, System, S. 80 Fn. 1, 97; Stier-Somlo, Verfassungsrecht, S. 101 f.; v. Stein, Verwaltungslehre, S. 373 (für Verordnungen); Thoma, HdStR II, S. 608 f. Der Grundsatz war jedoch zur Zeit der WRV nicht mehr unumstritten; vgl. Anschütz, Verfassung, Art. 109, S. 521 f. m.w.N. (Bindung des Gesetzgebers durch den Gleichheitssatz); ebenso Erich Kaufmann, VVDStRL 3 (1927), S. 5; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 155.
 - 2) Seiwert, Zulässigkeit, S. 100 ff. Zum damaligen Verständnis des Verhältnisses von Staats- und Individualinteresse Schnapp, DVBl. 1971, 482.
 - 3) RGZ 139, 177 (188 ff.).
 - 4) Renck, JuS 1982, 340; Westbomke, Anspruch, S. 24. Die überkommene Auffassung wird daher heute von der h. M. als falsch bezeichnet; Hamann, NJW 1955, 970 m.w.N.
 - 5) Jank, Diss., S. 60. Eine Bindung des Gesetzgebers ist auch durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 GG anerkannt; dazu v. Barby, Diss., S. 67.
 - 6) Vgl. BVerfG, NJW 1963, 947 (949); Kalkbrenner, DÖV 1963, 41 ff.
 - 7) Renck, JuS 1982, 340.
 - 8) Will sich ein Anspruchsteller hierauf berufen, muß der Auftrag jedoch dem Schutz des Individuums dienen (so Art. 6 Abs. 5 und 33 Abs. 5 GG) vgl. BVerfGE 8, 18 ff.; 8, 210 ff.; 25, 167 (172).
 - 9) Insbesondere aus Art. 3 Abs. 1 GG bei gleichheitswidrigem Unterlassen des Gesetzgebers; ebenso möglich aus Art. 12 und 14 GG.
 - 10) Westbomke, Anspruch, S. 26 f. m.w.N. zur Rspr. des BVerfG; ebenso Renck, JuS 1982, 340; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 376 f.

der mit der Verfassungsbeschwerde¹⁾ durchsetzbar ist²⁾. Da die Verfassungsbeschwerde die Verletzung eines subjektiv öffentlichen Rechts voraussetzt³⁾, hat das BVerfG damit anerkannt, daß dem einzelnen ein Recht auf Gesetzgebung zustehen kann⁴⁾. Die gesetzgeberische Erfüllung dieses subjektiv-öffentlichen Rechts, eines "im Gemeininteresse anerkannten Individualrechts"⁵⁾, dient dann nicht nur dem Allgemein-, sondern auch dem Individualinteresse⁶⁾. Obwohl der Gesetzgeber in der Regel im Interesse der Allgemeinheit handelt, sind damit- wie auch im Fall von Maßnahmegesetzen⁷⁾- Rechtssätze denkbar, die zu Lasten oder zu Gunsten eines bestimmten, abgrenzbaren Personenkreises⁸⁾ und damit zugleich auch im Individualinteresse ergehen⁹⁾.

Weder die Vorstellung vom Normerlaß ausschließlich im Gemeinwohl noch die von der essentiellen Ungebundenheit des Gesetzgebers sind daher heute uneingeschränkt haltbar¹⁰⁾. Das bloße Berufen auf die staatsrechtlichen Traditionen und die aus vorkonstitutionellem Recht stammenden Vorstellungen scheidet deshalb nicht nur als unzureichend aus, vielmehr indiziert gerade die Neuorientierung auf dem verfassungsrechtlichen Sektor das Erfordernis eines Umdenkens auch für die vorliegende Problematik¹¹⁾. Der Hinweis auf ein allgemeines Prinzip, wonach es keinen Anspruch auf die Ausübung von Rechtsetzungsbefugnissen gebe, erscheint heute nicht mehr stichhaltig¹²⁾, so daß die Möglichkeit eines solchen Anspruchs näherrückt.

1) Vgl. BVerfGE 6,257 (264 f.); 8, 1 (9 f., 18 f.); 8, 28 (35,37); 11, 255 (261); 12, 139 (142); 15, 46 (75); 17, 148 (153 ff.); 22, 349 (360 ff.); 25, 167 (173); 33, 171 (189 f.); 39, 169 (194); a.A. noch 1, 97 (100 f.); 2, 287 (291).

2) Ebenso v. Engelhardt, Rechtsschutz, S. 261

3) Vgl. § 90 BVerfGG und seine Kommentierung

4) v. Barby, DVBl. 1974, 816; ders., Diss., S. 74 m.w.N. Fn. 4.

5) Georg Jellinek, System, S. 53.

6) Jank, Diss., S. 57.

7) Dazu Meesen, DÖV 1970, 314 ff.

8) v. Barby, Diss., S. 68; ders., DVBl. 1974, 816.

9) Eine Maßnahme nicht nur im Allgemein-, sondern zumindest auch im Individualinteresse ist ein Bebauungsplan, der für wenige oder nur ein Grundstück aufgestellt wird; dazu Bachof, AöR 86 (1961), S. 191.

10) Vgl. auch Friauf, AöR 88 (1963), S. 305.

11) So zutreffend Schenke, Rechtsschutz, S. 104 f. mit Hinweis auf Henke, JZ 1969, 146; Lorenz, Rechtsschutz, S. 162 ff.

12) Battis, DÖV 1978, 118.

bb) Die neuere Entwicklungstendenz

Wenn der Bürger heute verstärkt Ansprüche auf Normerlaß und Normergänzung gegenüber dem Staat erhebt, so zeigt dies nicht nur die Entwicklung zu einer Anspruchsinflation oder den Einbruch des Forderungsrechts in zuvor verschlossene Domänen¹⁾. Vielmehr verdeutlicht dies, daß sich der Bürger im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart nicht mehr nur als Gegenstand staatlicher Entscheidungen versteht (und verstanden wird), sondern als Inhaber einer Vielzahl von Abwehr- und Teilhaberechten²⁾. So tritt der Schutz von Individualinteressen immer stärker in den Vordergrund. Parallel dazu wird die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte auch dort angenommen, wo sie früher abgelehnt wurde³⁾. Kann die Realisierung gesetzlich verliehener Rechtspositionen erst durch Normerlaß erfolgen, so liegt es auf der Linie der beschriebenen Entwicklung, dem einzelnen sogar einen Anspruch auf Erlaß der konkretisierenden Normierung zuzugestehen⁴⁾. Ein solcher Anspruch erscheint zugleich als Regulativ gegenüber der erweiterten Machtkonzentration des Staates, welches insbesondere bei der Normgebung erforderlich erscheint⁵⁾. Mit dieser Entwicklungstendenz kann ebenso aufgezeigt werden, daß von der partiellen Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte weitere Anstöße auf den Meinungsstand zum Anspruch auf Normerlaß zu erwarten sind⁶⁾. Somit besteht Anlaß zu der erneuten Untersuchung, ob dieser Anspruch auch durch Verpflichtungserklärung des Normgebers begründet werden kann⁷⁾.

In einigen Rechtsbereichen ist die Verpflichtung eines Trägers staatlicher Gewalt zu normativem Handeln aufgrund einseitiger Erklärung seit langem kein Novum mehr⁸⁾. Verpflichtungen zur Rechtsetzung finden sich beispielsweise in Eingemeindungsverträgen zwischen Gemeinden⁹⁾, in Eingliederungsverträgen zwischen Ländern¹⁰⁾ sowie in Staatskirchenverträgen¹¹⁾.

1) Renck, JuS 1982, 340.

2) Würtenerberger, AöR 105 (1980), S. 376.

3) Rupp, Grundfragen, S. 269 ff.; folgend v. Barby, Diss., S. 71. S. dazu auch 3. Kap. II. 3. a.), b.).

4) Westbomke, Anspruch, S. 44 ff.; Würtenerberger, AöR 105 (1980), S. 377.

5) v. Barby, Diss., S. 72.

6) Renck, JuS 1982, 340. Rechtsetzungsansprüche werden im Schrifttum verstärkt in diesen Anwendungsfällen für möglich gehalten; vgl. Bachof, VerwR I, S. 245; v. Barby, Diss., S. 67 ff.; v. Engelhardt, Rechtsschutz, S. 261; Jank, Diss., S. 55 ff.; Kalkbrenner, DÖV 1963, 45; Maurer, FS Eduard Kern, S. 312 Fn. 118; Obermayer, 10 Jahre VwGO, S. 158 f.; ders., DVBl. 1965, 633; Schenke, Rechtsschutz, S. 173 ff.; m.w.N. v. Barby, Diss., S. 75.

7) So bereits Friauf, AöR 88 (1963), S. 305.

8) Renck, JuS 1982, 339.

9) vgl. Frowein, FS Werner Flume, S. 313 Fn. 89; Redeker, DÖV 1966, 544; Renck, JuS 1982, 340.

10) Vgl. BVerfGE 34, 216 (219) zur Einführung der bay. Gemeindegesetzgebung in einem Staatsvertrag zwischen Coburg und Bayern.

11) Nach Hollerbach (Verträge, S. 81) sind Staatskirchenverträge über-

Auch im Bereich untergesetzlicher Normen liegt angesichts der Austauschbarkeit der Handlungsformen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Normerlaß nahe¹⁾. Ergeht aufgrund der Dispositionsfreiheit des Staates bei der Wahl seiner Handlungsformen²⁾ anstelle eines Einzelaktes, auf dessen Erlaß der Betroffene ein subjektives, öffentliches Recht gehabt hätte, eine niederrangig Rechtsnorm, so darf dieser Formentausch nicht das bestehende Recht des einzelnen beseitigen³⁾. Ein Anspruch auf die Normierung erscheint hier nicht ausgeschlossen⁴⁾.

Festzuhalten bleibt, daß es unzutreffend ist, die Möglichkeit einer Rechtsetzungsverpflichtung grundsätzlich zu verneinen. Die Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Verpflichtungserklärung muß jedoch im Einzelfall genau geprüft werden⁵⁾.

c) Zur Übertragbarkeit der Argumentation von der Gesetzgebung des Parlaments auf den Satzungserlaß der Gemeindevertretung

Gegenüber einem Anspruch auf Satzungserlaß werden Argumente vorgebracht, die von der Verneinung eines Anspruchs auf Gesetzeserlaß häufig pauschal auf das vorliegende Problem übertragen werden⁶⁾.

Die Ablehnung eines Anspruchs wird zum einem damit begründet, daß die Gemeindevertretung das Legislativorgan des Ortsgesetzgebers sei und damit Sachwalter des souveränen Volkswillens. Seine überragende Stellung und Funktion als demokratisch legitimates, parlamentarisches Willensbildungsorgan verbiete es, sich selbst zubinden⁷⁾.

Zum anderen seien die Normsetzungsfreiheit des Parlaments bei der Gesetzgebung und die des Gemeinderates beim Satzungserlaß einheitlich als Erscheinungsform einer gleichartigen, "rechtsetzenden Gestaltungsfreiheit" aufzufassen⁸⁾. Dieser Gestaltungsfreiheit dürfe sich die Gemein-

wiegend Normenverträge. Siehe Frowein, FS Werner Flume, S. 313 f. m.w. Beispielen.

- 1) Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 376, i.d.S. auch v. Barby, DVBl. 1974, 816. Zur Austauschbarkeit staatlicher Verhandlungsformen Lorenz, Rechtsschutz, S. 165.

Zur Relativierung des Gegensatzes von Norm und Einzelakt Schenke, Rechtsschutz, S. 55 ff.; vgl. ferner Schnapp, VSSR 1974, 195.

- 2) Dazu Schnapp, VSSR 1974, 191 f. m.w.N. Fn. 1; ferner ders., Amtsrecht, S. 231 m.w.N. Fn. 44.

- 3) Andernfalls wäre es für die staatliche Gewalt einfach, sich ihrer Verpflichtung durch Berufen auf die Normsetzung zu entziehen; v. Barby, Diss., S. 69; Schenke, ebd., S. 56; Würtenberger, ebd.

Zur mißbräuchlichen Normsetzung an Stelle eines Verwaltungsaktes am Beispiel des Bebauungsplanes und der Verkehrswegplanung Blümel, DVBl. 1972, 122 ff. zu BVerwG, DVBl. 1972, 119. Dazu grundsätzlich Pestalozza, Formenmißbrauch, passim.

- 4) Für Normen auf der Grenze zum Verwaltungsakt bereits Bachof, VerfR I, S. 745.

- 5) Frowein, FS Werner Flume, S. 314.

- 6) Beispielsweise HessVG, ESVG 22, 224 (225 f.); Birk, NJW 1977, 1798 f.; Tittel, DVBl. 1967, 40.

- 7) BVerwG, DÖV 1981, 878 (879); vgl. auch Papier, DVBl. 1975, 463 f.

- 8) HessVG, ESVG 22, 224 (225); dazu Badura, FS BayVerfGH, S. 162.

de nicht begeben.

aa) Zur Vergleichbarkeit der normsetzenden Subjekte

Soweit sich die Argumentation aus der parlamentarischen Normsetzung auf das normsetzende Subjekt Gemeinde und deren Organ- die Gemeindevertretung- bezieht, bedarf es eines Vergleichs der normsetzenden Subjekte.

Im staatlichen Bereich gilt der zum Teil in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankerte Grundsatz der Gewaltenteilung, aus dem zugleich eine Zuständigkeits- und Funktionstrennung resultiert¹⁾. In dem auf das Staatsganze bezogenen System der Gewaltenteilung ist die Gemeinde als wesentlicher Bestandteil der öffentlichen Verwaltung der vollziehenden Gewalt zuzuordnen²⁾. Das Prinzip der organisatorischen Gewaltentrennung ist somit nicht auf die kommunale Ebene übertragbar³⁾. Selbst wenn der Gemeinde die Befugnis zum Erlaß von Satzungen zusteht, handelt es sich dabei um reine Verwaltungstätigkeit⁴⁾, zu deren Kontrolle die Verwaltungsgerichte berufen sind. Die exekutivische Rechtsetzung stellt somit jedenfalls im Bereich der Aufstellung von Bebauungsplänen nicht Gesetzgebung, sondern Ausübung der vollziehenden Gewalt dar⁵⁾.

Die Rechtsetzungsmacht des Staates beruht auf der originären Rechtsetzungsgewalt, die Bestandteil der originären Herrschaftsgewalt ist⁶⁾. Da demgegenüber die gemeindliche Hoheitsgewalt insgesamt aus der Staatsgewalt fließt⁷⁾, bedarf die Normsetzungsbefugnis der Gemeinde einer ausdrücklichen, gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Sie kann daher nicht als originäre, sondern nur als abgeleitete Rechtsetzungsbefugnis angesehen werden⁸⁾, die der Gemeinde besonders verliehen werden muß⁹⁾. Die Bezeichnung Legislativorgan, die für einen Träger ori-

1) Aus Art. 20 Abs. 2 GG geht dabei nur hervor, daß die drei Funktionen staatlicher Gewalt unterschieden und von besonderen Organen wahrgenommen werden sollen; Schnapp, Art. 20 GG Rn. 34.

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 536; Frowein, HdbkonnWissPr.II, § 28 I 3 (S. 84); v. Mutius, VerwArch. 70 (1979), S. 173; Wurzel, Gemeinderat, S. 149, 117 f.; vgl. auch Schmidt-Jortzig, Organisationshoheit, S. 154 m.w.N.

3) VerFGH NW, OVG 9, 74 (89); OVG Münster, DÖV 1957, 374 (376); DÖV 1979, 60 (62); allgemein Menger, VerwArch. 63 (1972), S. 449; Stettner, AöR 102 (1977), S. 561; Wurzel, ebd., m.w.N. S. 117 Fn. 2; a.A.: v. Hoffmann, DÖV 1954, 327, 496; hiergegen insbes. Jansen, DÖV 1954, 328 ff.

4) BVerfGE 22, 330 (346) für den Erlaß von untergesetzlichen Normen; OVG Münster, NJW 1982, 1415; Wurzel, Gemeinderat, S. 118.

5) Badura, FS BayVerfGH, S. 163; Degenhart, BayVBl. 1979, 293; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 51; Stettner, AöR 102 (1977), S. 561.

6) Wurzel, ebd., S. 137.

7) Ebd.; S. 138 m.w.N. Fn. 2; Badura, DÖV 1963, 561 f.

8) Badura, ebd.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 141, 536; Gönnerwein, GemR, S. 145; Kuffer, Diss., S. 58; Wolff, VerwR I, § 25 IX a) 2. (S. 137); Wurzel, ebd., S. 140 f.

9) BVerfGE 33, 125 (157 Verleihung von Satzungsgewalt).

Die Rechtsetzungsbefugnis läßt sich auch nicht aus dem Begriff der

ginär gesetzgebender Gewalt verwendet wird¹⁾, kommt der Gemeindevertretung daher auch in ihrer "Funktion als Ortsgesetzgeber"²⁾ nicht zu³⁾.

Parlamentarische Normsetzung und die einer gesetzlichen Ermächtigung bedürftige exekutivische Rechtsetzung stimmen zwar darin überein, daß sie Rechtsquellen des positiven Rechts sind; sie unterscheiden sich jedoch durch die Qualität der normsetzenden Subjekte⁴⁾. Selbst wenn die Normsetzung durch die Gemeindevertretung, ein dem Parlament äußerlich ähnliches Gremium, erfolgt⁵⁾, handelt es sich bei ihr um kein echtes Parlament⁶⁾, selbst wenn sie als örtlicher Normgeber tätig wird⁷⁾. Parlamentarische Gesetzgebung und exekutivische Normsetzung bedürfen daher insoweit einer scharfen Trennung⁸⁾.

Selbstverwaltung herleiten; Badura, DÖV 1963, 562 m.w.N. Fn. 20; Forsthoff, ebd., S. 480; Wurzel, ebd., S. 132 m.w.N.

- 1) Wolff, VerwR I, § 17 III (S. 74); Wurzel, ebd., S. 149 f. m.w.N.
- 2) So die Terminologie des BVerwG, DÖV 1981, 878 (879); F.-J. Schmitt, DVBl. 1983, 682; Tittel, DVBl. 1967, 40; vgl. auch Papier, DVBl. 1975, 463 ff. Gegen diesen mißverständlichen Begriff zutreffend Degenhart, BayVBl. 1979, 293; Stettner, AöR 102 (1977), S. 561 Fn. 67.
- 3) Wurzel, Gemeinderat, S. 149.
- 4) Badura, FS BayVerfGH, S. 163; Stettner, AöR 102 (1977), 561; ebenso Degenhart, BayVBl. 1979, 293
- 5) Vgl. Blümel, VVDStRL 36 (1978), 226; Forsthoff, Lehrbuch, S. 551; Frowein, HdbkommWissPr. II, S. 83; Gönnerwein, GemR, S. 261 ff.
- 6) BVerfGE 32, 346 (361); BayVerfGH (N.F.) 5, 66 (76); Degenhart, BayVBl. 1979, 293; Stettner, AöR 102 (1977) 561; Wolff, VerwR I, § 86 XII e (S. 216); Wurzel, Gemeinderat, S. 170 m.w.N. Fn. 1.
Entgegen der h. M. hat das OVG Münster (NJW 1979, 281 f.) den Gemeinderat als Volksvertreter i.S.d. Art. 17 GG angesehen; dazu ablehnend v. Mutius, VerwArch. 70 (1979), S. 169 ff.
- 7) Plagemann (WM 1979, 800) hält einem Anspruch auf Sitzungserlaß das Demokratieprinzip entgegen, das es gebiete, dem "Gemeindeparlament" die Möglichkeit zu Änderungen zu belassen. Er übersieht dabei, daß die Gemeindevertretung kein Parlament ist, so daß der nur für Parlamente (i.e.S.) geltende Grundsatz der Diskontinuität keine Anwendung findet (OVG Münster, OVG 26, 225 (226, 231)). Die Forderung eines ungebundenen "nachfolgenden Parlaments" aus dem Demokratieprinzip kann daher ebenso wenig auf die Gemeindevertretung übertragen werden.
- 8) Badura, FS BayVerfGH, S. 163.
Damit ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß für andere Problembereiche die allg. Prinzipien des Parlamentsrechts herangezogen werden können. Die Frage kann jedoch nicht pauschal, sondern nur im jeweils konkreten Regelungszusammenhang beantwortet werden; so Frowein, HdbKommWissPr. II, § 28 I 3 (S. 84) m.w.N. Fn. 19.

bb) Zur Gleichartigkeit rechtsetzender Gestaltungsfreiheit

Auch der zweite Einwand aus der gestalterischen Freiheit des Satzungsgebers basiert – wie der erste – auf einem falschen Verständnis exekutivischer Rechtsetzung, da die gesetzgeberische Freiheit nicht pauschal mit der Freiheit des exekutivischen Normgebers gleichgesetzt werden darf. Die Lehre von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hat ihren Entstehungsgrund in der verfassungsrechtlichen Prüfung von Gesetzen am Maßstab des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG¹). Über dem Gesetzgeber steht die Verfassung, die ihn an die Grundrechte und an die verfassungsmäßige Ordnung bindet (Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG²). Bestehen also schon Bedenken gegen ein freies "Legislativermessen" des formellen Gesetzgebers, so gilt das erst recht für den untergesetzlichen Normgeber³: Dessen Rechtsetzung sieht sich einer vergleichsweise stärkeren Kontrolle ausgesetzt. Wie die Vorgabe von Zielen und Abwägungsgrundsätzen im Bundesbaugesetz zeigt, wird die Freiheit des exekutivischen Normgebers in dem ihn ermächtigenden Gesetz regelmäßig eingengt⁴. Der Pflicht zur Einhaltung dieser Fülle von Anforderungen korrespondiert eine verstärkte verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Norm⁵. Die Freiheit des exekutivischen Normgebers unter den zusätzlichen Direktiven des Bundesbaugesetzes ist daher wesentlich begrenzter als die des Gesetzgebers⁶. Die Argumentation aus der Parallelität rechtsetzenden Gestaltungsspielraums ist deshalb ebenfalls nicht stichhaltig.

Die Rechtswidrigkeit einer Bebauungsplanzusage der Gemeinde kann daher nicht aus der Doktrin "Kein Anspruch auf Normerlaß" begründet werden. Selbst wenn die Argumentation gegen einen Anspruch auf parlamentarische Gesetzgebung noch uneingeschränkte Gültigkeit beanspruchen könnte, liefert sie für ihre Geltung im Bereich exekutivischer Normsetzung keinen überzeugenden Beweis⁷. Ihre Übertragung kann

1) Badura, FS BayVerfGH, S. 162 f. Der Gleichheitssatz gilt als Willkürverbot für den Gesetzgeber; vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 12, 341 (348); 14, 142 (150); 15, 313 (319 f.); 18, 38 (46); 18, 121 (124); 21, 6 (9).

2) Vgl. dazu ausführlich Lerche, Übermaß, passim.

3) Soell/Martin, BayVBl. 1978, 656.

4) Badura, FS BayVerfGH, S. 167; ebenso Degenhart, BayVBl. 1979, 293; Kuffer, Diss., S. 58 f.

Da die ihr allgemein verliehene Autonomie für Eingriffe in Freiheit und Recht nicht ausreicht, ist die Verwaltung bei der Handhabung des Satzungsrechts durch die spezialgesetzliche Ermächtigung gebunden.

5) Pietzcker (VVDStRL 41 (1983), S. 225) verweist auf die Neigung der Gerichte, die Anforderungen des BBauG hinsichtlich der Aufstellung von Bebauungsplänen überstreng auszulegen.

6) BVerfGE 13, 248 (255, für den Verordnungsgeber); v. Barby, Diss., S. 82; Battis, DÖV 1978, 118; Soell/Martin, BayVBl. 1978, 656; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 399.

7) Gegen eine Übertragung der Argumentation aus der parlamentarischen Gesetzgebung Badura, FS BayVerfGH, S. 163; Degenhart, BayVBl. 1979, 293; ders., NJW 1981, 2666; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 51; im Ergebnis auch Stettner, AöR 102 (1977), S. 561;

daher nicht auf das Problem eines Anspruchs auf einen Satzungserlaß der Gemeinde erfolgen.

2. Zur Argumentation aus § 2 Abs. 7 BBauG

Der Annahme einer rechtmäßigen Bebauungsplanzusage wird insbesondere § 2 Abs. 7 BBauG¹⁾ entgegengehalten, wonach kein Anspruch auf Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bebauungsplänen besteht²⁾.

Den Ausschluß eines Anspruchs sieht auch § 123 Abs. 4 BBauG für den Rechtsanspruch auf Erschließung vor. Dennoch hat das BVerwG³⁾ für diese Sachverhalte entschieden, daß sich die Erschließungslast der Gemeinde zu einer Erschließungspflicht verdichten kann, die dann Ansprüche des einzelnen auslöst. Schlichter⁴⁾ hat daher die Ansicht vertreten, diese Rechtsprechung zum Erschließungsrecht sei auch auf § 2 Abs. 7 BBauG auszudehnen. Bei grundsätzlichem Ausschluß des Anspruchs "könne ein bestimmtes Verhalten der Gemeinde zu einer 'Verdichtung' der Planungspflicht führen. Das könne der Fall sein, wenn sich die Gemeinde (beim Erwerb einer größeren Fläche) dem Eigentümer gegenüber verpflichtet habe, das Gebiet zu beplanen".

Schlichter berücksichtigt bei seiner Argumentation jedoch nicht ausreichend die unterschiedlichen Konsequenzen von Erschließung und Bauleitplanung für die Realisierbarkeit eines Bauvorhabens. Da die Erschließung eines Bauvorhabens zugleich die Voraussetzung zur Erteilung einer Baugenehmigung ist, tangiert die fehlende Erschließung unmittelbar die Baufreiheit, das Fehlen eines Bebauungsplanes jedoch nicht. Die größere Nähe der Erschließung zur Baufreiheit kann daher eine unterschiedliche Behandlung der jeweiligen Verdichtungslage rechtfertigen⁵⁾.

Westbomke, Anspruch, S. 101 ff.; a.A. Birk, NJW 1977, 1798 f., der die Überlegungen aus dem Gewaltenteilungsprinzip auch dem Träger exekutivischer Hoheitsgewalt entgegenhält, ohne auf die fehlende organisatorische Gewaltentrennung der Gemeinde einzugehen.

1) Vor der Novelle des BBauG vom 18.08.1976 § 2 Abs. 9 BBauG.

2) Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm haben Menger/Erichsen (VerwArch. 58 (1967), S. 283) aufgeworfen. Im Bereich des durch Art. 14 GG gewährleisteten Eigentums könne ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vorliegen (für Nichtigkeit Ziegler, DÖV 1974, 478 ff.).

Die Norm läßt sich jedoch durch eine verfassungskonforme Interpretation halten, wie Westbomke (Anspruch, S. 123 f.) nachweist: § 2 Abs. 7 BBauG könne, da es sich um ein einfaches Gesetz handle, keine grundrechtlich gewährten Ansprüche aus Art. 14 und 3 GG ausschließen (ebd., S. 112 ff., 118 ff.).

3) NJW 1975, 402; ferner DVBl. 1977, 41 (43).

4) BBauG, 2. Aufl. 1977, § 2 Rn. 10; ähnlich Battis, ÖffBauBoR, S. 194; ders., DÖV 1978, 116 f. (mit Hinweis auf Planmäßigkeitsgrundsatz); Überlegungen auch bei Westbomke, Anspruch, S. 104; Zuck, Recht, B Rn. 48 f.

5) So schon Gusy, BauR 1981, 168 f.

Ohne dieses Argument aufzunehmen, hat das BVerwG¹⁾ eine Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zum Erschließungsrecht abgelehnt. Der in § 2 Abs. 7 BBauG getroffene Ausschluß eines Anspruchs lasse keine Ausnahme zu. Es sieht die Norm mit der h. M. in Rechtsprechung²⁾ und Lehre³⁾ als positiv-rechtliches Hindernis für Ansprüche aus Verpflichtungserklärungen der Gemeinde an. Das Bundesbaugesetz begründe keinen Anspruch, noch könne ein solcher auf andere Weise (durch Zusagen) eingeräumt werden⁴⁾.

Für diese Interpretation gibt jedoch weder die Entstehungsgeschichte der Norm einen Anhaltspunkt⁵⁾, noch ist sie zwingend dem Wortlaut zu entnehmen⁶⁾. Indem § 2 Abs. 7 BBauG das Fehlen eines Anspruchs ausspricht, stellt es den Unterschied zwischen Bauordnungs- und Bauplanungsrecht fest. Während im Bauordnungsrecht ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung aus Art. 14 GG resultiert⁷⁾, "besteht" kraft Gesetz kein Recht des Grundstückseigentümers auf Ausweisung seines Grundstücks als Bauland in einem Bebauungsplan⁸⁾. Der in § 1 Abs. 3 BBauG normierten objektiven Planungspflicht der Gemeinde korrespondiert somit ipso jure kein subjektiv-öffentliches Recht des Grundstückseigentümers⁹⁾. § 2 Abs. 7 BBauG stellt klar, daß die Gemeinde gegenüber Dritten nicht kraft Gesetzes verpflichtet ist, einen Bebauungsplan aufzustellen.

- 1) DVBl. 1977, 529 (Der entschiedene Fall betraf jedoch keinen Anspruch aus einer gemeindlichen Verpflichtungserklärung); kritisch dazu Battis, DÖV 1978, 117.
- 2) Vor BVerwG, DVBl. 1977, 529 bereits BayObLG, BayVBl. 1976, 378; HessVGH, ESVGH 22, 224 (226); Beschl. v. 13.01.1971 - IV TH 2/71 (unveröff.); seither BVerwG, DÖV 1981, 878 (879); NVwZ 1983, 92; BayVGH, Beschl. v. 6.10.1981 - Nr. 2 N 81 A.1106 (unveröff.); HessVGH, Urt. v. 23.03.1982 - IX OE 53/79 (unveröff.); LG Siegen, Urt. v. 30.06.1981 - 2 b O 593/80 (unveröff.); offen gelassen von VGH BW, Beschl. v. 19.08.1977 - III 2547/76 (unveröff.); a.A. VGH BW, BWVPr. 1978, 22; OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 178.
- 3) Bielenberg, BBauG, § 2 Rn. 132 ff.; Friauf, BesVerwR, S. 533 f.; Grauvogel, in: Kohlhammer Kommentar, BBauG, § 2 Rn. 35 f.; Luhmann, BayVBl. 1974, 456 f.; Mang/Simon, BayBauO, Art. 86 Rn. 19 (S. 36); Simon, BayVBl. 1974, 147; Schlez, BBauG, § 2 Rn. 29; jetzt auch Schlichter, BBauG, § 2 Rn. 10 (unter Aufgabe der Ansicht in der 2. Aufl.); Zuck, Recht, B Rn. 41 ff., 49; vgl. auch Wambsganz, DVBl. 1961, 533.
- 4) BVerwG, NJW 1980, 2538 ff.; DÖV 1981, 878 f.
- 5) Dazu ausführlich Westbomke, Anspruch, S. 123 Fn. 309 und Stettner, AöR 102 (1977), S. 558 Fn. 55; ebenso Degenhart, BayVBl. 1979, 293; Gusy, BauR 1981, 165 Fn. 11.
- 6) Der Wortlaut läßt eine solche Interpretation sogar als unrichtig erscheinen; Stettner, ebd. Auf den Wortlaut stellen ferner ab Degenhart, ebd. und Gusy, ebd.
- 7) Art. 14 GG gewährt nach h.M. die grundsätzliche Baufreiheit als Inhalt und Wesensgehalt des privatrechtlichen Eigentums. Zum Streitstand der verfassungsrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Fundamentierung der Baufreiheit, Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 162 m.w.N.
- 8) Stettner, AöR 102 (1977), S. 558; Gusy, BauR 1981, 165.
- 9) Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 51 f.; Stettner, ebd.; ebenso Birk, NJW 1977, 1797; Degenhart, BayVBl. 1979, 293; Gusy, ebd.

Ob der Gemeinde damit auch die Befugnis fehlt, sich einem Dritten gegenüber zur Aufstellung zu verpflichten, ist der Norm hingegen nicht zu entnehmen¹⁾. Sie schließt weder Verpflichtungserklärungen des Planungsträgers noch korrespondierende Ansprüche Dritter aus²⁾. Da § 2 Abs. 7 BBauG keine Aussage über Ansprüche aus individuellen Verpflichtungserklärungen trifft, steht die Norm der Rechtmäßigkeit einer Bebauungsplanzusage nicht entgegen.

3. Zur Gemeinwohlverpflichtung

Die Rechtmäßigkeit einer Zusage wird teilweise mit dem Hinweis verneint, die Verwaltung könne in diesem Fall ihrer Gemeinwohlverpflichtung nicht mehr nachkommen³⁾. Diese Argumentation wird im Recht der Bauleitplanung aus § 1 Abs. 1 BBauG abgeleitet: Die Planungspflicht der Gemeinde bestehe zur Ordnung der städtebaulichen Entwicklung und damit ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit⁴⁾; sie diene nicht der Erfüllung von Individualinteressen⁵⁾.

Dann müßte ein Bebauungsplan allein schon deshalb nicht geeignet sein, die städtebauliche Entwicklung zu ordnen, weil sich der Planungsträger vor Inkrafttreten des Bebauungsplanes durch anspruchsbegründende Erklärung gegenüber einem Dritten hierauf festgelegt hat⁶⁾.

Diese Auffassung findet jedoch weder im (relativ allgemein gehaltenen) Wortlaut des § 1 Abs. 1 BBauG eine Stütze, noch läßt sich die Entstehungsgeschichte der Norm hierfür verwerten⁷⁾. Ob und in welchem

- 1) Ebd.; gleiches Ergebnis bei VGH BW, BWVPr. 1978, 223 (225); OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 178; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 35 (S. 296); Palau, Diss. S. 115; Papier, JuS 1981, 501; Westbomke, Anspruch, S. 101 ff.; vgl. auch Battis, DÖV 1978, 116 f.; Dolde, NJW 1979, 891; Plagemann, WM 1979, 796; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 378 ff.
- 2) Papier, ebd.
- 3) In Parallelität zur Argumentation gegen eine Selbstbindung des Gesetzgebers Birk, NJW 1977, 1798; Bullinger, Vertrag, S. 82 (Notwendigkeit des Gemeinwohls); vgl. Wambsganz, BayVBl. 1963, 1 (Wohl der Allgemeinheit).
- 4) Luhmann, BayVBl. 1974, 457.
- 5) Hess VGH, ESVG 22, 224 (225); BGH, DVBl. 1978, 799; Friauf, BesVerwR, S. 533 f.; Grauvogel, in: Kohlhammer Kommentar, BBauG, § 2 Rn. 36; Rebhan, Diss., S. 366. Zu dieser Argumentation Degenhart, BayVBl. 1979, 294; Plagemann, WM 1979, 796 m.w.N. Fn. 37; Stettner, AöR 102 (1977), S. 555, 561; vgl. auch Frowein, FS Werner Flume, S. 314; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 376 m.w.N. Fn. 25.
- 6) I.d.S. OVG Münster, DVBl. 1972, 687 (Flachglasfall): ein nach Selbstbindung erlassener Bebauungsplan sei wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 BBauG fehlerhaft; kritisch dazu David, DVBl. 1972, 692 ff.; Sandler, WiR 1972, 453 ff.
- 7) Dazu eingehend OVG Münster, BRS 28, Nr. 5 (S. 39); Urt. v. 8.09.1978-XI A 915/76 (unveröff.). In den landesrechtlichen Vorläufern, an die das BBauG anknüpft, fand sich ebensowenig ein Rechtssatz, wonach konkrete Festlegungen des Planungsträgers deshalb nicht vorausgehen dürften, weil dies eine sachgerechte Abwägung widerstehender Belange schlechterdings unmöglich mache. Damit

Umfang sich der Planungsträger gegenüber einem Dritten bereits vor dem Satzungsbeschluß auf eine bestimmte Planung festgelegt hat, kann grundsätzlich keinen Einfluß auf die Frage haben, ob sich diese Planung eignet, die städtebauliche Entwicklung sachgerecht zu ordnen. Maßgebend ist allein, ob die Planung objektiv den einschlägigen materiellen Erfordernissen des BBauG, insbesondere dessen § 1 Abs. 6 und 7 gerecht wird¹⁾.

Wäre ein nach vorzeitiger Festlegung der Gemeindeorgane beschlossener Bebauungsplan schon wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 BBauG nichtig, so wäre dies auch dann der Fall, wenn der Bebauungsplan im übrigen allen Anforderungen an eine sachgerechte Abwägung genügen würde²⁾. Konsequenter gedacht wäre der Erlass eines inhaltsgleichen Bebauungsplanes für absehbare Zeit ausgeschlossen. Der hieraus resultierende Planimmobilismus wäre unvereinbar mit Sinn und Zweck des § 1 Abs. 1 BBauG, der gerade eine zukunftsorientierte Planung ermöglichen will³⁾. Da die Argumentation den Bedürfnissen einer verständigen Planungspraxis und damit auch den Erfordernissen einer sachgerechten Ordnung der städtebaulichen Entwicklung im Sinne des § 1 Abs. 1 BBauG nicht gerecht wird, ist sie abzulehnen⁴⁾.

Sie berücksichtigt im übrigen auch nicht, daß in die Abwägung der öffentlichen Belange auch die privaten Belange einzustellen sind⁵⁾. Soweit sich Bebauungspläne auch nach den privaten Belangen zu richten haben, ist damit die Auffassung widerlegt, sie dienten ausschließlich dem öffentlichen Interesse⁶⁾.

fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß § 1 Abs. 1 BBauG ein derart all-gemeingültiges Gebot aufstellen wollte.

- 1) OVG Münster, BRS 28, Nr. 5 (S. 39); i.d.S. auch David, DVBl. 1972, 693.
- 2) Sendler, WiR 1972, 458.
- 3) Ebd., S. 461.
- 4) OVG Münster, Urt. v. 8.09.1978-XI A 915/76 (unveröff.).
Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 BBauG kommt nur in Betracht, wenn sich die Bebauung überhaupt nicht an städtebaulich beachtlichen Allgemeinbelangen orientiert, etwa weil sich die Gemeinde ohne jede weitere Überprüfung die Wünsche eines Bauwilligen zu eigen gemacht hat und sich ihm gegenüber vorzeitig "pauschal" festgelegt hat; OVG Münster, BRS 28, Nr. 5 (S. 40) in Übereinstimmung mit Sendler, WiR 1972, 456 f.; im Ergebnis ebenso BayVGh, BayVBl. 1973, 238.
- 5) Öffentlichen Belangen ist auch nicht von vornherein ein Vorrang gegenüber den privaten Belangen einzuräumen; so BVerwG, BayVBl. 1975, 538 (539).
- 6) Mit gleichem Ergebnis Degenhart, BayVBl. 1979, 294; Westbomke, Anspruch, S. 102 f.
Gegenüber dem Vorwurf, eine Bindung der Gemeinde verletze Interessen der Allgemeinheit, weist Stettner (AöR 102 (1977), S. 561) darauf hin, daß rechtliche Konstruktionen denkbar sind, die zwar Bindungen zulassen, dabei jedoch Interessen der Allgemeinheit nicht berühren. Mehr als eine Berücksichtigung ihrer Belange könne die Allgemeinheit nicht verlangen.

4. Zur Planungshoheit der Gemeinde

Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplanes werden auch unter Hinweis auf die städtebauliche Planungshoheit der Gemeinde erhoben¹⁾. Aus der Übertragung dieser Aufgabe durch die §§ 2 Abs. 1²⁾, 1 Abs. 1 und Abs. 3 BBauG sei e contrario zu schließen, daß sich die Gemeinde ihrer Planungshoheit als Teil der verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltung³⁾ nicht entäußern könne. Die Planungshoheit vertrage keine Beschränkungen.

Wenn §§ 1 und 2 BBauG die städtebauliche Planung den Gemeinden zur Erledigung in eigener Verantwortung zuweisen, so liegt hierin - wie Stettner⁴⁾ nachgewiesen hat - primär eine Kompetenzregelung. Der Begriff der kommunalen Planungshoheit bezieht sich damit vorrangig auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat und Gemeinde. Über die Art und Weise, wie diese Kompetenz handzuhaben ist, wird damit noch keine Aussage getroffen. Da sich aus der Kompetenz noch nicht ergibt, wie die Planungshoheit zu verwirklichen ist, wird das Recht der Gemeinde nicht tangiert, die Wahrnehmung ihrer Planungshoheit in bestimmter Weise zuzusagen⁵⁾.

Soweit unter dem Begriff der Planungshoheit auch die Freiheit der Gemeinde verstanden wird, ihre städtebauliche Fortentwicklung in eigenverantwortlicher Entscheidung festzulegen, wird hierunter vielfach die planerische Gestaltungsfreiheit⁶⁾ verstanden, derer sich die Gemeinde nicht begeben dürfe.

Die Argumentation aus der gestalterischen Freiheit darf nicht schon gleichgesetzt werden mit der aus der normgeberischen Freiheit⁷⁾, da

- 1) HessVGH, Urt. v. 23.03.1982-IX OE 53/79 (unveröff.); BayObLG, BayVBl.1976, 378; Bielenberg, BBauG, § 2 Rn.133 f.; Birk, NJW 1977, 1799; Mang/Simon, BayBauO, Art. 86 Rn.19 (S.36); Simon, BayVBl.1974, 147; i.d.S. auch Glanegger, Diss., S. 118; vgl. dazu Deegenhart, BayVBl.1979, 294; Gusy, BauR 1981, 165; Stettner, AöR 102 (1977), S. 555, 558 f.; Zschoch, Diss., S. 137 ff.
In deutlicher Parallelität zur Argumentation gegen Planungszusagen aus der Planungshoheit (vgl. Pfander, Diss., §§ 220, 229 ff.) werden gegen steuerrechtliche Zusagen Bedenken aus der Abgabenhoeheit (vgl. ebd., §§ 92 ff., 119 ff.) und gegen beamtenrechtliche Zusagen aus der Ämterhoheit erhoben (vgl. ebd., §§ 171 ff.; Herzog, Diss., S. 64 f.).
- 2) Bielenberg (DVBl.1967, 257 Fn. 20) mißt der Norm sogar Verbotscharakter gegenüber einer Bindung der Gemeinde im Rahmen der Bauleitplanung zu.
- 3) Zur Planungshoheit als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung BVerwGE 22, 342 (346); Hoppe, ÖffBauBoR, Rn.167 ff.; Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl., S. 414; Weidemann, Staatsaufsicht, S. 8. m.w.N. Fn. 11.
- 4) AöR 102 (1977), S. 558 f.; ihm folgend Gusy, BauR 1981, 165.
- 5) Ebd.
- 6) Zur Rechtfertigung und zu den Voraussetzungen planerischer Gestaltungsfreiheit grundlegend BVerwG, DVBl.1981, 975 (976).
- 7) Die Notwendigkeit einer Trennung normgeberischer und planerischer Gestaltungsfreiheit betont Badura, FS BayVerfGH, S. 163 f.

sich die Charakterisierung planerischer Freiheit unabhängig von dem Sachbereich und der Rechtsform der jeweiligen Planung aus den Grundsätzen rechtsstaatlicher Planung ergibt. Jede Planungsentscheidung beruht auf dem Ausgleich der Bedürfnisse, deren Befriedigung die Planungsmaßnahme dient, und auf dem Ausgleich privater und öffentlicher Interessen, auf die sich die Planung auswirken kann¹⁾. Kennzeichnend für jede rechtsstaatliche Planung ist das Abwägen dieser Interessen und Belange²⁾. Die Befugnis zur Planung muß daher einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit einschließen, der verschiedene Elemente des Wertens und Bewertens sowie des Wollens umfaßt; Planung ohne diesen Gestaltungsspielraum wären ein Widerspruch in sich³⁾. Ist die Befugnis zur Planung eine dem Planungsträger von Gesetzes wegen zukommende Aufgabe, so muß ihm allein auch die letztverbindliche Gestaltungsfreiheit zukommen⁴⁾.

Ob das Ergebnis der Planung als Rechtsverordnung, Satzung, Verwaltungsakt oder sonstiger Rechtsakt in Erscheinung tritt, ist deshalb für die Existenz der Gestaltungsfreiheit unmaßgeblich. Planerische Gestaltungsfreiheit besteht als eigenständige Erscheinungsform unabhängig von der jeweiligen Rechtsform der Planung⁵⁾. Da sie sich jedenfalls in Abgrenzung zur normgeberischen Freiheit als qualitativ andersartig darstellt, bedürfen beide Gestaltungsfreiheiten einer Differenzierung⁶⁾.

Der bloße Hinweis auf den planerischen Gestaltungsspielraum vermag indes für den Schluß, die Gemeinde dürfe sich dessen nicht begeben, nicht zu genügen. Die Ermächtigung der Gemeinde, einen Bebauungsplan aufzustellen, muß mit der denknötwendig eingeräumten Gestaltungsfreiheit auch die Befugnis umfassen, Verpflichtungen zu einer bestimmten Regelung einzugehen⁷⁾, soweit dies zur Erfüllung ihrer Planungsverpflichtung erforderlich erscheint. Widersprüchlich wäre es dann, die Ge-

1) Kodal, Straßenrecht, S. 654.

2) Vgl. Ossenbühl, Gutachten 50.DJT, B 185 f.

3) Grundlegend BVerwGE 34, 301 (304).

4) Badura, FS BayVerfGH, S. 173; Ossenbühl, ebd.

5) Badura, ebd., S. 163 f.; folgend Degenhart, BayVBl.1979, 293 f.; vgl. auch Schmidt-Aßmann, Grundfragen, S. 163 (dort: Planungsermessen).

6) Soweit planerische Gestaltungsfreiheit als "Planungsermessen" bezeichnet wird, ist ferner eine Abgrenzung gegenüber dem als Rechtsfolgeermessen verstandenen Verwaltungsermessen geboten (dazu Hoppe, DVBl.1974, 641 ff.; ders., DVBl.1977, 136 ff.; ders., ÖffBauBoR, Rn. 299).

Gegenüber dem BVerwG (E 34, 301 (304)), das die Anwendung des § 114 VwGO auf die Gestaltungsfreiheit bejaht, weist Hoppe (ebd.) nach, daß bei Zuordnung zum Ermessen etwas qualitativ Andersartiges in den Begriff der Gestaltungsfreiheit gepreßt wird. Gleichstellung von Planungs- und Verwaltungsermessen neuerdings bei Wegener, Verw. 1981, 305 ff.; sowie insbes. Rubel, Planungsermessen, S. 140 ff.

7) Ebenso Papier, JuS 1981, 501. Die Fähigkeit, Verpflichtungen einzugehen, etwa sich durch Vertragsabschluß zu binden, ist für das normierende Subjekt Gemeinde stets anerkannt gewesen; Stettner, AöR (1977), S. 562 m.w.N. Fn. 70.

staltungsfreiheit zugleich als Argument für eine Rückzugsmöglichkeit der Gemeinde anzuerkennen – im Sinne eines Schutzes vor sich selbst. Planerische Gestaltungsfreiheit steht daher einer Selbstverpflichtung zur Planung nicht grundsätzlich im Weg¹⁾. Sie muß jedoch die Grenzen des Gestaltungsspielraums wahren, deren Überschreitung in jedem Fall einen Rechtsfehler darstellt²⁾.

Dem Verdacht eines völligen Ausfalls eigener planerischer Gestaltung setzen sich allerdings die Gemeinden aus, die es angesichts ihrer Unfähigkeit zur eigenständigen Aufstellung oder Finanzierung eines Bebauungsplanes einem Bauträger überlassen, die wesentlichen Züge des Planes festzulegen³⁾.

Selbst wenn der Einfluß Privater auf die Gestaltung des Planes in dieser Situation wächst, kommt das Verhalten der Gemeinde jedoch noch keinem Verzicht auf Gestaltung gleich⁴⁾. Ist die Gemeinde nach § 1 Abs. 3 BBauG zur Aufstellung eines Bebauungsplanes verpflichtet, dazu jedoch nur in Kooperation mit einem Privaten in der Lage, so fällt nicht jede planerische Gestaltungsfreiheit aus, vielmehr reduzieren sich nur die Möglichkeiten, sie auszuüben. Die Vielzahl sonst vorhandener Planungsalternativen vermindert sich auf zwei⁵⁾: Die Gemeinde kann entweder das Vorhaben fallen lassen, womit sie ihr Unvermögen dokumentiert, ihrer Planungspflicht aus § 1 Abs. 3 BBauG nachzukommen, oder sie kann sich für die Aufstellung des favorisierten Bebauungsplanes unter Hilfeleistung privater Planungspartner entscheiden⁶⁾. Wählt die Gemeinde die zweite Alternative und erteilt dem Bauinteressenten nach ausreichender Abwägung der bekannten Belange eine Zusage, um damit die Realisierungschancen der Planung zu erhöhen, so manifestiert sie damit ihre (verminderte) Gestaltungsfreiheit. Die Grenzen des Spielraums, etwa wegen Ausfalls planerischer Gestaltung, sind daher noch nicht überschritten.

Hat sich die Gemeinde nach durchgeführter Abwägung zu einer bestimmten Planung verpflichtet, so kann der Gesichtspunkt der Planungshoheit oder der planerischen Gestaltungsfreiheit dieser Selbstbindung nicht mehr im Wege stehen⁷⁾.

1) Westbomke, Anspruch, S. 103.

2) Badura, FS BayVerfGH, S. 173 ff.; Papier, ebd.; Westbomke, ebd.; vgl. dazu Hoppe, BauR 1970, 17.

3) Zschoch, Diss., S. 141 prüft daher einen Verzicht der Gemeinde auf Ausübung der ihr zugewiesenen Planungshoheit.

4) So im Ergebnis auch Zschoch, Diss., S. 144.

5) Die beiden grundsätzlichen Alternativen zeigt Degenhart (BayVBl. 1979, 294) auf; ebenso Gusy, BauR 1981, 165.

6) Zur Realisierung im "Planungsverbund" bereits Redeker, JZ 1968, 542.

7) So schon Degenhart, BayVBl. 1979, 294; ebenso Gusy, BauR 1981, 165.

5. Die Funktionserhaltung des Planungsverfahrens

a) Die Ansicht der Rechtsprechung

Die Grundlagen seiner aktuellen Ansicht legte das BVerwG bereits im Flachglas - Urteil vom 5.Juli 1974¹⁾. Zur Frage der Gültigkeit eines auf vorweggenommener, selbstbindender Entscheidung beruhenden Bebauungsplanes führt es aus, "daß vorgegebene Bindungen mit der durch sie verursachten Verkürzung des abschließenden Abwägungsvorgangs dem Sinn des nach § 2 Abs. 6 S. 2 BBauG gebotenen Anregungsverfahrens widersprechen. Je stärker und umfassender die durch Vorentscheidung geschaffenen Bindungen sind, umso mehr droht dem Anregungsverfahren die Gefahr zu einer funktionslosen Förmlichkeit zu werden".

aa) Die Ablehnung eines rechtmäßigen Primäranspruchs

Das BVerwG hat im Urteil vom 11.März 1977²⁾ einen Anspruch auf die Aufstellung eines Bebauungsplanes abgelehnt, da ein solcher (Anspruch) "in einen unauflösbaren Konflikt zu dem geriete, was das Bundesbaugesetz über das Verfahren der Planaufstellung im allgemeinen und über die Notwendigkeit eines angemessenen planerischen Abwägens im besonderen (vgl. § 1 Abs. 4 S. 2 alter bzw. Abs. 7 neuer Fassung BBauG) bestimmt. Ein der Einleitung des Planverfahrens vorgegebener, mehr oder weniger festgelegter und in dieser Festlegung von einem Begünstigten erzwingbarer Planinhalt würde sich nahezu notwendig als eine zu mißbilligende Verkürzung der gebotenen Abwägung darstellen".

Auf der Linie dieser Rechtsprechung verneinte das BVerwG mit Urteil vom 1.Februar 1980³⁾ auch die Möglichkeit eines durch Vertrag begründeten Anspruchs auf Bebauungsplanung. Das OVG Lüneburg⁴⁾ als Vorinstanz hatte bereits die Unwirksamkeit des Vertrages daraus gefolgert, " daß die Gemeinde ... nicht das gesetzlich vorgeschriebene Anhörungsverfahren ausschalten dürfte". Grundlegender äußerte sich das BVerwG: "Die Entscheidung über den Erlaß ... eines Bebauungsplanes wird durch das Bundesbaugesetz in ein bestimmtes, mit zahlreichen Sicherungen ausgestattetes (Rechtsetzungs-) Verfahren verwiesen, um so zu gewährleisten, daß die weitgehend in die planerische Gestaltungsfreiheit der Gemeinde gestellte Bebauungsplanung den rechtsstaatlichen (Minimal-) Anforderungen einer angemessenen Abwägung und eines hinreichend durchschaubaren Verfahrensganges gerecht wird. Damit läßt sich die Begründung eines diese Regelung notwendig mehr oder weniger unterlaufenden vertraglichen Anspruchs auf Bebauungsplanung nicht vereinbaren"⁵⁾.

1) BVerwGE 45, 309 (318).

2) DVBl.1977, 529 (530).

3) NJW 1980, 2538 ff.

4) Urt. v. 25.08.1976, DVBl.1978, 178 (179).

5) BVerwG, NJW 1980, 2538 (2539).

Im Flachglas-Urteil hatte das BVerwG ausgeführt, daß die Vorwegnahme von Planentscheidungen zu einem Abwägungsdefizit führen kann, das den der Vereinbarung entsprechenden Bebauungsplan rechtsfehlerhaft mache. Da eine Vorentscheidung "sachgerecht, ja, im Interesse effektiver Planung geboten sein"¹⁾ könnte, sei ein solches Abwägungsdefizit mit § 1 Abs. 7 BBauG vereinbar, wenn die Vorwegnahme drei (kumulative) Voraussetzungen erfülle, die das Gericht näher dargelegt hat²⁾.

Von dieser Entscheidung ausgehend, lag es nahe, die vom BVerwG aufgestellten Maßstäbe auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einseitiger und vertraglicher Zusagen im Vorfeld der Bauleitplanung heranzuziehen, ein Weg, den das OVG Münster mit Urteil vom 8. September 1978³⁾ eingeschlagen hat. Das OVG Lüneburg⁴⁾ hatte diese Lösung zuvor bereits in Frage gestellt, da "die Rechtmäßigkeit eines nach vorzeitiger vertraglicher Bindung zustande gekommenen, d.h. beschlossenen, genehmigten und bekanntgemachten Bebauungsplanes anders zu beurteilen sein kann als die Gültigkeit eines auf Erlaß oder Änderung eines Bebauungsplanes gerichteten Vertrages".

Das BVerwG hob die Entscheidung des OVG Münster mit Urteil vom 25. Mai 1981⁵⁾ auf. Über die Rechtsgültigkeit früherer Vereinbarungen habe es im Flachglas-Urteil nichts ausgeführt. "Jene Entscheidung schließt mithin nicht aus, daß eine die drei Voraussetzungen erfüllende Vereinbarung, welche die Gemeinde in den Bebauungsplan übernehmen dürfe, doch die Gemeinde zu entsprechender Planung nicht verpflichtete⁶⁾".

Mit dem in der Entscheidung erfolgten Ausspruch der Nichtigkeit vertraglicher Ansprüche auf Bauleitplanung scheint vorerst der Schlußstrich unter die Meinungsbildung des BVerwG zu diesem Problem gezogen zu sein⁷⁾.

Der BGH ist der Ansicht des BVerwG ohne weiteres gefolgt⁸⁾. Eine rechtmäßige Verpflichtung der Gemeinde zur Planaufstellung kann es auch nach seiner Ansicht nicht geben⁹⁾.

1) BVerwGE 45, 309 (317).

2) S. 1 Kap. I. 4.

3) XI A 915/76 (unveröff.) mit Hinweis auf die erstinstanzliche Entscheidung des VG Münster. Ebenso OLG München, BayVBl. 1980, 504 (505 f.), das die drei Voraussetzungen als Wirksamkeitsvoraussetzungen auch der (vertraglichen) Zusage auffaßt.

4) Urt. v. 25.08.1976, DVBl. 1978, 178 (179).

5) DÖV 1981, 878 ff.

6) BVerwG, DÖV 1981, 878 (879).

7) Seither etwa BVerwG, Beschl. v. 3.08.1982, NVwZ 1983, 92 f. Weyreuther (DÖV 1983, 577) unterstreicht die Unnachgiebigkeit des BVerwG in dieser Frage. Eine Änderung der Rspr. des BVerwG ist daher in naher Zukunft kaum zu erwarten.

8) BGH, Urt. v. 8.06.1978, NJW 1978, 1802 ff.; BayObLG, Urt. v. 9.03.1976, BayVBl. 1976, 378 mit Hinweis auf die der Zusage vorhergehende Pflicht zur "Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens".

9) BGH, Urt. v. 22.11.1979, NJW 1980, 826 (827); ähnlich bereits NJW 1976, 1745 ff.; NJW 1978, 1802 ff.

bb) Die Verlagerung auf Sekundäransprüche

Indem die Rechtsprechung eine primäre Leistungspflicht zur Aufstellung eines Bebauungsplanes verneint, verweist sie den Planungspartner der Gemeinde auf Schadensersatz- oder Entschädigungs- und Aufwendungsersatzansprüche.

Soweit eine Zusage im Rahmen einer Grundstücksveräußerung vorliegt, zieht das BVerwG¹⁾ zunächst eine Sachmängelhaftung in Erwägung. Soll die bei Zusageerteilung fehlende Bebaubarkeit erst durch die zukünftige Aufstellung eines Planes hergestellt werden, so ist das Grundstück jedoch bei Gefahrübergang weder mit einem Fehler behaftet (§ 459 Abs. 1 BGB), noch fehlt ihm eine zugesicherte Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB). Eine Sachmängelhaftung der Gemeinde scheidet danach aus.

Der BGH²⁾ prüft eine Haftung aus verletztem Vertrauen nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, wofür der Nachweis des Verschuldens des Anspruchgegners eine Voraussetzung ist. In einer Änderung der planerischen Absicht durch die Gemeinde sieht der BGH jedoch kein Verschulden³⁾. Ein Anspruch aus culpa in contrahendo scheitert zudem regelmäßig am Gedanken der §§ 307 Abs. 1 S. 2, 309 BGB, soweit eine Kenntnismöglichkeit des Zusageempfängers von der nichtigen Erklärung unterstellt werden kann⁴⁾.

Grundsätzlich bleibt dem Zusageempfänger ein Anspruch aus §§ 839 BGB, Art. 34 GG gegen die Gemeinde⁵⁾. Amtshaftung kommt insbesondere in Betracht, soweit ein Amtswalter⁶⁾ seine Amtspflicht zu konsequentem Verhalten⁷⁾ oder zu richtiger, klarer, unmißverständlicher und vollständiger Auskunft und Aufklärung⁸⁾ gegenüber dem Zusageempfänger verletzt hat. Die Haftung nach § 839 BGB setzt jedoch nach wie vor ein Verschulden des Beamten voraus⁹⁾, das, wenn überhaupt gege-

1) NJW 1980, 2538 (2539).

2) NJW 1978, 1802 (1804); ebenso BayObLG, BayVBl. 1976, 378.

3) BGH, NJW 1980, 1683 (1684); dazu auch Plagemann JA 1981, 596.

4) BGH, NJW 1980, 826 (827); LG Siegen, Urt. v. 30.06.1981-2 b O 593/80 (unveröff.).

5) Dazu BGH, WM 1976, 453 (454 ff.); NJW 1978, 1802 (1803 ff.); NJW 1980, 826 (828); BayObLG, BayVBl. 1976, 378 (379).

6) Beamte im haftungsrechtlichen Sinn sind insoweit nicht nur die Angehörigen der Gemeindeverwaltung, sondern jedes Mitglied des Gemeinderats; BGH, VersR 1970, 1007 (1009); DVBl. 1976, 173 (175 f.); NJW 1981, 2122; BauR 1982, 457 (460); vgl. ferner Degenhart, NJW 1981, 2667; Jöhlen BauR 1983, 198.

7) Entwickelt von BGH, NJW 1960, 2334; NJW 1963, 644 (645); NJW 1980, 1683 (1684); vgl. auch BGH, VersR 1970, 1007 (1009).

8) Ständige Rspr. des BGH, NJW 1970, 1414; DVBl. 1977, 576 (577 f.); NJW 1978, 371 (372); NJW 1978, 1522 (1523); NJW 1980, 2573 (2574); BGHZ 71, 386 (396); VersR 1981, 634 (635, Auskunft über die beabsichtigte Änderung eines Bebauungsplanes). Nach BGH ist in jeder Zusage eine Auskunft enthalten; s. 2. Kap. IV. 3.

9) Abweichende Regelungen sah das StHG vom 26.06.1981 (BGBl. 1981

ben, ebensowenig wie bei einem Anspruch aus culpa in contrahendo nachweisbar ist. Danach erhält der Planungspartner der Gemeinde regelmäßig keinen Ersatz für seine im Vertrauen auf die Zusage getroffenen Dispositionen¹⁾. Ihm steht allenfalls ein Anspruch auf Rückgewähr der von ihm auf vertraglicher Grundlage bereits erbrachten Geld - oder Sachleistungen zu²⁾.

Um der Freiheit der Gemeinde, von bauplanungsrechtlichen Zusagen abzurücken, "einen finanziellen Ausgleich für das enttäuschte Vertrauen ihres Partners zur Seite zu stellen"³⁾, geht der BGH mit seinem Urteil vom 22. November 1979 einen neuen Weg. Anders als das BVerwG, das dem BGH insoweit nicht gefolgt ist⁴⁾, neigt er zur flexibleren, gesetzeskonformen Interpretation oder sogar zur Umdeutung der Planungsabrede. Die Zusage der Gemeinde, einen bestimmten Bebauungsplan aufzustellen, deutet der BGH als privatrechtliche Vereinbarung, mit der die Gemeinde die künftige bauliche Nutzbarkeit eines Grundstück gewährleistet und damit das Risiko eines Scheiterns ihrer Bebauungsplanung übernimmt. "Als Träger der Planhoheit, die die Bauleitpläne in eigener Verantwortung aufstellt (§ 2 Abs. 1 BBauG), muß die Gemeinde - auch die kleinere - grundsätzlich auch als befähigt angesehen werden, die für die Abschätzung des mit der Gewährleistung eines künftigen Planungsergebnisses verbundenen Risikos erforderlichen Umstände hinreichend zu würdigen. Gemeinden ohne Rechtsamt könnten ... die zuständige Beratungsstelle im Aufsichtsbereich anrufen" und derartige Zusagen auf ihre Rechtmäßigkeit und "das vermögensrechtliche Wagnis prüfen lassen"⁵⁾.

l, S. 553) vor, das jedoch am 19.10.1982 gemäß § 78 BVerfGG für nichtig erklärt wurde; BVerfG, NJW 1983, 25 ff.

- 1) So im Ergebnis beispielsweise BGH, NJW 1978, 1802 ff.; BayObLG, BayVBl. 1976, 376 f.; LG Siegen, Urt. v. 30.06.1981-2 b O 593/80 (unveröff.).
- 2) Dieser Anspruch (über § 62 S. 2 VwVfG in entspr. Anwendung des § 812 BGB) ist deshalb nicht unproblematisch, weil sich die Gemeinde auf Entreichung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen kann, soweit sie keine Aufwendungen erspart hat, weil die Folgeeinrichtungen überflüssig oder zu groß sind. Voraussetzung der Entreichung ist, daß die Gemeinde die Nichtigkeit weder kannte (§ 819 BGB) noch zu vertreten hatte, und die Leistungen für erforderlich gewordene Maßnahmen verwendet wurden. Vgl. BVerwGE 36, 108 (113 f.); 42, 331 (341); OVG Münster, NJW 1978, 1542; OLG München, NJW 1974, 2021 (2022); dazu Plagemann, WM 1979, 798; Stettner, AöR 102 (1977), S. 546 f.
- 3) BGH, NJW 1980, 826 (828) mit Hinweis auf Dolde, NJW 1979, 890 f.
- 4) BVerwG, NJW 1980, 2538 (2539); zumindest dort wird eine Umdeutung abgelehnt.
- 5) BGH, NJW 1980, 826 (828).

b) Die Ansichten im Schrifttum

Auch im Schrifttum werden die Gefahren der Umgehung von Verfahrensregelungen des Bundesbaugesetzes durch Zusagen über die Planaufstellung gesehen. Die Mehrzahl der Autoren folgt der Rechtsprechung, indem sie die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit gemeindlicher Planungsverpflichtungen aus den bereits dargestellten Gründen ablehnt¹⁾.

Hinsichtlich der Haftungsfrage der Gemeinde wird dabei mangels sachgerechter Lösung des Problems durch culpa in contrahendo und Amtshaftung von einigen Autoren auf das Bedürfnis verschuldensunabhängiger Entschädigung hingewiesen²⁾. Teilweise wird daher eine Haftung aus vorangegangenen, vertrauensbegründendem Verhalten befürwortet³⁾, die an Art. 14 GG⁴⁾ oder § 48 Abs. 3 VwVfG⁵⁾ orientiert wird.

Nur vereinzelt wird der Versuch unternommen, unter Beibehaltung der Erfordernisse eines ordnungsgemäßen Verfahrens die Rechtmäßigkeit einer Verpflichtungserklärung anzuerkennen.

Nach Durchführung des Anhörungs- und sonstigen Verwaltungsverfahrens hält Bullinger⁶⁾ eine Bindung der Gemeinde für möglich. Auch Dolde⁷⁾ will an eine vertragliche Bindung erst dann denken, "wenn das Auslegungsverfahren abgeschlossen ist und die Bedenken und Anregungen vom Rat geprüft, bewertet und gewichtet sind".

Den Zeitpunkt des Abwägungsverfahrens hält auch Stettner⁸⁾ für maßgeblich. Zusagen könnten zwar bereits früher erteilt werden; ein Anspruch auf die Aufstellung eines Bebauungsplanes stehe jedoch "unter der aufschiebenden Bedingung eines positiven, in die gleiche Richtung gehenden Abwägungsergebnisses, das durch eine sorgfältige, alle privaten und öffentlichen Belange einbeziehende, endgültige Abwägung gewonnen wird".

1) Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 56, 61; Grauvogel, in: Kohlhammer Kommentar, BBauG, § 2 Rn. 35; Gusy, BauR 1981, 167 ff.; Knack, VwVfG, § 54 Rn. 7.1.; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 53; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 35; Hans Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 57; Papier, JuS 1981, 498; Pietzcker, NJW 1981, 2093; Reichert/Dürr, BauR, S. 20; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 179 ff.

2) Dolde, NJW 1979, 891.

3) Berufen auf das Prinzip rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes vgl. Bender, StHR, Rn. 234; Bullinger, DÖV 1977, 812 ff.; Grabitz, DVBl. 1973, 675 ff.; Kisker, VVDStRL 32 (1974), S. 149 ff.; Ossenbühl, DÖV 1972, 25 ff.; Püttner, VVDStRL 32 (1974), S. 200 ff.; Schenke, AöR 101 (1976), S. 337 ff.; ders., WiVerw. 1977, 18 ff.; ders., JuS 1977, 794 ff.; Walter Schmidt, JuS 1973, 529 ff.; v. Simson, Planung I, S. 419 f. Andeutung auch bei BGH, NJW 1978, 1802 (1803), vgl. auch die Nachweise bei Oldiges, Grundlagen S. 188 ff.

4) Dolde, NJW 1979, 891; ders., NJW 1981, 1930 mit Hinweis auf Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 59.

5) Schenke, JuS 1977, 292; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 167.

6) Nach Bernward Büchner, DVBl. 1978, 104.

7) NJW 1979, 891.

8) AöR 102 (1977), S. 571.

Ebenso steht eine Bindung der Gemeinde nach Battis¹⁾ unter dem Vorbehalt, daß im Auslegungsverfahren nicht noch Gesichtspunkte vorgetragen werden, die eine andere Planung rechtfertigen. Auch Zuck²⁾ will Zusagen "nur vorbehaltlich der endgültigen Abwägung in Aussicht" stellen. Da die Rechtslage für alle Gemeinden gleich sei, könne es in der Situation des Wettbewerbs um einen interessanten Ansiedler kaum Wettbewerbsvorteile geben. Der Ansiedler werde sich damit abfinden, da die Unsicherheiten für ihn überall gleich seien.

Auf einen geringfügig früheren Zeitpunkt im Planungsstadium stellt Degenhart³⁾ mit seinem differenzierten Vorschlag einer flexiblen Bindung ab. Wurde das Vorhaben mit den Trägern öffentlicher Belange erörtert und erfolgte eine Anhörung nach § 2a Abs. 2 BBauG sowie die Auslegung und Erörterung nach § 2a Abs. 6 BBauG, so bejaht er eine Verpflichtung der Gemeinde, wenn die vorweggenommene Entscheidung hinsichtlich Abwägungsvorgang und -ergebnis unbedenklich ist. Bindungen noch vor Durchführung dieser Verfahrensschritte stünden unter einem weitgehenden Vorbehalt späterer Modifizierung.

Für die vom BVerwG abgelehnte Übertragung der Maßstäbe des Flachglas-Urteils tritt Plagemann⁴⁾ ein. "In dem Maße, in dem die Rechtsprechung planerische Vorentscheidungen als Teile eines abgestuften Planungsprozesses zuläßt, ist auch eine vertragliche Selbstbindung der Gemeinde erlaubt"⁵⁾. Einige Autoren kombinieren diese Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Vorausbindung mit den Überlegungen zur Funktionserhaltung des kommunalen Planungsverfahrens⁶⁾.

In eine andere Richtung tendiert der Vorschlag Birks⁷⁾. Eine Planungsverpflichtung hält er in den Fällen für unbedenklich, in denen die Gemeinde bereits gesetzlich verpflichtet ist, einen Bebauungsplan aufzustellen und ihr auch inhaltlich kein Entscheidungsspielraum mehr offen steht. Voraussetzung ist demnach eine zweifache Ermessensreduzierung auf Null.

1) ÖffBauRoR, S. 195.

2) Recht, B Rn. 24 c (S. 73).

3) BayVBl. 1979, 295.

4) WM 1979, 797.

5) Ebenso Bonk, VwVfG, § 54 Rn. 62; ähnlich Frowein, FS Werner Flume, S. 314, der eine Verpflichtung unter Beachtung der Abwägungsvoraussetzungen für nicht a priori ausgeschlossen hält.

6) Vgl. Battis, ÖffBauRoR, S. 195; Degenhart, BayVBl. 1979, 294 ff.; Dolde, NJW 1979, 891; kritisch zu diesem Vorschlag Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 180 f.

7) NJW 1977, 1800.

c) Stellungnahme zu den Ansichten

Der Vorschlag Birks¹⁾ zeigt eine Fallgestaltung auf, die in der Praxis kaum aktuell wird²⁾. Die Vielzahl möglicher Planungsalternativen reduziert sich nur ausnahmsweise so weit, daß lediglich eine einzige Planaufstellung mit präzisiertem Inhalt den Anforderungen des Bundesbaugesetzes entspricht³⁾. Im übrigen besteht dort, wo bereits eine gesetzliche Pflicht zur Planaufstellung besteht, kaum das Bedürfnis für eine zusätzliche "Verstärkung" dieser Pflicht durch eine Zusage.

Im Ansatz zutreffend sind die Ausführungen des BVerwG⁴⁾ zur Frage, ob bei Erfüllung der Voraussetzungen zur Unschädlichkeit einer Vorabbindung für die Rechtmäßigkeit des Planes eine entsprechende Zusage ebenso rechtmäßig ist. Das Flachglas-Urteil formuliert tatsächlich nicht die eigentlichen Regeln für die Rechtmäßigkeit gemeindlicher Zusagen⁵⁾. Andererseits liefert das BVerwG kein Argument dafür, daß sich die aufgestellten Regeln nicht auch auf die Beziehungen der Gemeinde zum Zusageempfänger auswirken oder zumindest dienliche Anhaltspunkte hierfür liefern können⁶⁾. Werden die Voraussetzungen eingehalten, so könnte sich der Zusageempfänger immerhin darauf verlassen, daß der erlassene Bebauungsplan keine Normenkontrolle zu fürchten braucht. Soweit eine rechtmäßige Erfüllungshandlung zur Voraussetzung rechtmäßiger Zusagen erhoben wird⁷⁾, bestehen insoweit keine Bedenken gegen Zusagen, die den im Flachglas-Urteil aufgestellten Voraussetzungen entsprechen.

Sollte jedoch die ordnungsgemäße Durchführung des Planaufstellungsverfahrens eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Zusage sein, so vermag diese Argumentation ebenso wenig zu begründen, warum die Einhaltung dieser Maßstäbe das Fehlen eines ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs kompensieren sollte.

Die Relation zwischen den Verfahrensregelungen und der Rechtmäßigkeit der Zusage ist daher vorrangig zu untersuchen. Als Verfahrensschritte zu differenzieren sind dabei das Beteiligungsverfahren und der Vorgang der Abwägung, selbst wenn sie funktional in enger Relation stehen. Zusagen müssen daher hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf beide Verfahrensstufen geprüft werden, wobei die funktionale Bedeutung des jeweiligen Verfahrensschritts für die Planaufstellung⁸⁾ vorrangig zu beachten ist.

1) NJW 1977, 1800.

2) Dolde, NJW 1979, 890; Gusy, BauR 1981, 168; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 35; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 180 Fn. 110.

3) Gusy, ebd.; vgl. zur verdichteten Planungspflicht (Ermessensreduzierung auf Null) skeptisch Rauch, BayVBl. 1980, 616.

4) DÖV 1981, 878.

5) So auch Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 180.

6) Dafür Scheuing, ebd.; vgl. auch Stettner, AöR 102 (1977), S. 572.

7) So BVerwGE 26, 31; 49, 359 für einseitige Zusagen; BVerwG, DVBl. 1976, 217 für vertragliche Zusagen.

8) Zu den Funktionen der Verfahrensvorschriften für die Planungsbedetroffenen s. 3. Kap. II. 3. b).

aa) Zusagen vor Abschluß des Beteiligungsverfahrens

Das Bundesbaugesetz sieht eine Beteiligung sowohl der Träger öffentlicher Belange nach § 2 Abs. 5 BBauG wie auch der Bürger nach § 2 a BBauG vor.

Der entscheidende Gedanke der Bürgerbeteiligung besteht darin, der planenden Gemeinde zusätzliche Daten, Anregungen und Hinweise zukommen zu lassen¹⁾; sie soll über die Wünsche und Befürchtungen der Planungsbetroffenen informiert werden²⁾. Durch diese "Indienstnahme des Bürgers"³⁾ als "Datenlieferant" oder "Informationsquelle"⁴⁾ wird das Abwägungsmaterial angereichert (Verbreiterung der Informationsbasis⁵⁾) und das Interesse der Gemeinde am ungehinderten Informations- und Anregungsstrom befriedigt⁶⁾. Damit ermöglicht das Beteiligungsverfahren zugleich eine realitätsnähere und bedarfsgerechtere Planung, die sich stärker an den tatsächlichen Bedürfnissen der Bevölkerung orientiert⁷⁾. Es leistet daher einen Beitrag zur Optimierung der Planinhalte und zur Verminderung möglicher Abwägungsdefizite⁸⁾ (Verbesserung der Entscheidungsqualität⁹⁾).

Die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange dient der Koordination aller raumbedeutsamen, lokalen Planungen und der Information der Gemeinde über alle in die Abwägung einzustellenden Belange¹⁰⁾. Damit kommt ihr gleichfalls eine "Rationalisierungsfunktion"¹¹⁾ zu.

Durch die Frühzeitigkeit der Beteiligung sowohl der Bürger (§ 2 a Abs. 2-5 BBauG)¹²⁾ wie auch der Träger öffentlicher Belange (§ 2 Abs. 5 S. 1 BBauG) soll gewährleistet werden, daß ihre jeweiligen Einwendungen in der Frühphase der noch nicht verfestigten und damit noch beeinflussbaren Planung vorgebracht werden¹³⁾. Da während des förmlichen Planaufstellungsverfahrens die arbeitsintensive Planung bereits in ihren Grundzügen festliegt und die Gemeinde dieses Ergebnis zu halten bemüht ist¹⁴⁾, käme eine Beteiligung erst in diesem Zeitpunkt häufig zu

1) Hendler, Mitwirkung, S. 44.

2) Battis, ÖffBauRoR, S. 51.

3) Ders., Partizipation, S. 268; Finkelnburg, ÖffBauR, § 9 II 1 b.

4) Schmidt-Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 247.

5) Stür, Kommunalwirtschaft 1978, 193.

6) Finkelnburg, ÖffBauR, § 9 II 1 b.

7) Hendler, Mitwirkung, S. 44.

8) I.d.S. Finkelnburg, ebd.; vgl. auch Städtebaubericht 1970 der Bundesregierung, BT-Drs. 6/1497, S. 49 ff.; Ernst, Referat 49.DJT, L 14; Ossenbühl, Gutachten 50.DJT, B 122; Söfker, Diss., S. 19 f.

9) Stür, Kommunalwirtschaft 1978, 193.

10) Battis, ÖffBauRoR, S. 50.

11) Terminologie nach Hendler, Mitwirkung, S. 43 ff.

12) Diese frühzeitige oder vorgezogene Bürgerbeteiligung wurde erst 1976 nach dem Vorbild der §§ 1 Abs. 4 S. 4, 4, 9 StBFG eingeführt, womit der Kritik am status ante Rechnung getragen wurde; Schmidt-Aßmann, Grundfragen, S. 76 ff.; kritisch bereits zum Entwurf Battis, Partizipation, S. 260 ff.

13) Battis, ÖffBauRoR, S. 51.

14) Finkelnburg, ÖffBauR, § 9 II 1 b; Gelzer, BauPIR, Rn. 290; Joerger, Städte T 1978, 205.

Da der Rat mit der Aufstellung bereits eine Grundentscheidung ge-

spät, um noch verändernd auf die Planungsentscheidung einwirken zu können¹⁾). Die Frühzeitigkeit der Beteiligung verbessert damit die Chance, einen Konsens über den Planinhalt zu finden²⁾; sie vergrößert die Bereitschaft der Betroffenen, die Planung mitzutragen (Integrationsfunktion³⁾). Durch die zusätzliche Verfahrensstufe der frühzeitigen Bürgerbeteiligung verlängert sich zwar das Aufstellungsverfahren selbst, die erhöhte Akzeptanz der Entscheidung soll jedoch zu einem Zeitgewinn bei der Planverwirklichung führen⁴⁾⁵⁾.

Verpflichtet sich die Gemeinde noch vor Durchführung der Öffentlichkeitsphase zur Aufstellung eines Bebauungsplanes, so kann die Rationalisierungsfunktion⁶⁾ der Beteiligung nicht erreicht werden. Wurden weder die Bürger noch die Träger öffentlicher Belange an der vorgezogenen Planungsentscheidung beteiligt, so muß der Abwägungsvorgang ohne eine Verbreiterung des Abwägungsmaterials⁷⁾ durchgeführt werden, so daß keine Verbesserung der Planungsentscheidung erfolgen kann. Infolge des direkten Zusammenhangs zwischen der Durchführung des Verfahrens und der Qualität des Endprodukts⁸⁾ kann eine Desavouierung der Verfahrensregelungen des Bundesbaugesetzes durch eine Selbstbindung der Gemeinde jedoch keinesfalls akzeptiert werden.

Selbst wenn die Beteiligung des Bürgers formal nachgeholt würde, so liefe sie - bei bindender Vorabentscheidung zur funktionslosen Förmlichkeit⁹⁾ entwertet - ins Leere. Hierdurch könnte weder die Qualität der Entscheidung verbessert werden (Rationalisierungsfunktion), noch

troffen hat, neigt er dazu, die Beteiligung nach Auslegung des Planentwurfs nicht als Mitbestimmungsinstrument, sondern als Public-Relation-Strategie zu behandeln. Die beigelegte Begründung des Planes bezieht daher die erwarteten Einwände häufig schon ein; Bückmann/Oel, Bürgerbeteiligung, S. 166 f.

1) Battis, ÖffBauRoR, S. 50;

Da die Gemeinden in der Praxis nur in 10% der Aufstellungsverfahren eine frühe Bürgerbeteiligung durchführen, kann sich die Beteiligung der Bürger in 90 % der Verfahren nur noch auf das "Wie" der Planung beziehen; vgl. Evers u.a., Praxis der Gemeinden, S. 78.

2) Söfker, Bürgerbeteiligung, S. 98.

3) Stüer, Kommunalwirtschaft 1978, 193.

4) Söfker, ebd.

5) Zweifelhaft ist jedoch, ob der Bürgerbeteiligung auch eine Legitimationsfunktion zukommt (dafür Stüer, Kommunalwirtschaft 1978, 193). Sie wird von Broicher (Bürgerbeteiligung, S. 155 f.) angesichts der geringen Mitwirkungsmöglichkeiten des Bürgers bestritten. Die Beteiligungsform des BBauG sei, da sie keine echte Mitwirkung eröffne, nicht demokratisch innovativ; der akklamatorische Zweck stehe eindeutig im Vordergrund. Deshalb sei sie nicht geeignet, langfristig eine demokratische Legitimation zu leisten, sondern könne nur einen aktuellen Legitimationsdruck abbauen. Ablehnend auch Schmidt-Glaeser. VVDStRL 31 (1973), S. 214-220; dazu Hender, Mitwirkung, S. 30 ff.

6) Battis, Partizipation, S. 60.

7) Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 223.

8) Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 53.

9) BVerwGE 45, 309 (318); Reichert/Dürr, BauR, S. 20.

würde die Bereitschaft der Betroffenen verstärkt, die Planung mitzutragen (Integrationsfunktion)¹⁾.

Die Bedenken gegen Zusagen vor Abschluß des Beteiligungsverfahrens bestehen daher zu Recht. Andererseits schwinden die Bedenken gegen eine Bindung, die erst nach dem Abschluß der Anhörung, Auslegung und Erörterung eingegangen wird²⁾.

bb) Zusagen vor Abschluß des Abwägungsvorgangs

Damit eine geordnete städtebauliche Entwicklung gewährleistet werden kann, verlangt das Bundesbaugesetz vom Satzungsgeber neben der exakten Einhaltung des Beteiligungsverfahrens bei der Planaufstellung einen freien und umfassenden Abwägungsvorgang. Auch die Anforderungen an das Verfahren des ungebundenen Abwägens - das "Prinzip der Offenheit nach allen Seiten"³⁾ beim Satzungsbeschluß - haben das Ziel, die Qualität der kommunalen Planungsentscheidung zu garantieren.

Eine Bindung vor Abschluß des Abwägungsvorgangs verhindert, daß die Gemeinde solche Belange und Planungsalternativen bei der abschließenden Planentscheidung berücksichtigen kann, von denen sie erst nach der Vorentscheidung Kenntnis erhalten hat. Kann die Gemeinde die nach Abschluß der Öffentlichkeitsphase vorgebrachten oder auf andere Weise erlangten planungserheblichen Fakten nicht in den Abwägungsvorgang einstellen, so muß die Entscheidungsqualität hierunter leiden und eine optimale Planungsentscheidung ausbleiben.

Akzeptiert man - wie Degenhart⁴⁾ - eine Bindung zwar nach der Auslegung des Planentwurfs, jedoch noch vor Abschluß des Abwägungsvorganges, so definiert man im übrigen das Beteiligungsverfahren als bloße Möglichkeit der Bürger, ihre Anregungen und Bedenken vorzubringen; eine unvoreingenommene Berücksichtigung dieser Einwendungen wird damit nicht gewährleistet. Das Prinzip der Offenheit nach allen Seiten muß sich aber auch auf die Behandlung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsphase beziehen⁵⁾, wenn der Beteiligung eine effektive Funktion für das Planaufstellungsverfahren zukommen soll.

Auch eine Bindung vor Abschluß des Abwägungsvorgangs⁶⁾ ist daher in der Lage, die funktionale Bedeutung des Planungsverfahrens zu untergraben.

1) Die Befriedigungsfunktion wird so verfehlt; vgl. Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 214 f.

2) Erwogen von OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 178 (179).

3) Birk, NJW 1977, 1799.

4) BayVBl. 1979, 295.

5) So zutreffend Gusy, BauR 1981, 167.

6) Die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts hat auch der Gesetzgeber in § 155 b Abs. 2 S. 1 BBauG klar gemacht, da für die planerische Entscheidung der Gemeinde solche Änderungen unbeachtlich sein sollen, die nach der Beschlußfassung über den Bebauungsplan eintreten; Söfker, Bürgerbeteiligung, S. 107.

cc) Zusagen mit verminderter Bindungswirkung

Die dargestellten Bedenken lassen sich nur damit ausräumen, daß man der Gemeinde bis zum Satzungsbeschluß die Möglichkeit beläßt, die Ergebnisse des Verfahrens trotz eingegangener Bindung zu berücksichtigen. Eine solche Rückzugsmöglichkeit räumen der Gemeinde die Vorschläge ein, die Zusagen unter einen entsprechenden Vorbehalt, eine aufschiebende Bedingung oder eine weit interpretierte *clausula rebus sic stantibus* stellen¹⁾.

Andererseits stellen Lösungsversuche, die auf eine flexible Bindung der Gemeinde hinauslaufen, aus der Sicht des Bauwilligen eine weniger verlässliche Dispositionsgrundlage dar. Den Bedürfnissen des Zusageempfängers ist mit einer solchen Verpflichtungserklärung um so weniger gedient, je geringer ihre Bindungswirkung ist. Selbst wenn man, wie im weitestgehenden Vorschlag Degenharts²⁾, bereits nach durchgeführtem Auslegungsverfahren eine vorbehaltlose Zusage akzeptiert, fragt sich, ob einem Investor mit dieser relativ späten Verpflichtungserklärung als Grundlage für seine Dispositionen gedient ist. Sein Zusageinteresse ist in dem Stadium der Planaufstellung noch groß, in dem die Zusage nur bindungsreduziert erteilt werden kann; es schwindet jedoch in dem Maße, in dem sich die Planung bis zum abschließenden Inkrafttreten des Planes verfestigt³⁾.

Infolge des Spannungsverhältnisses zwischen dem Interesse des Bauwilligen an einer frühzeitigen, verbindlichen Zusage als Dispositionsgrundlage und dem Interesse an der Funktionserhaltung des Aufstellungsverfahrens kann entweder die Verlässlichkeit der Planungszusage oder die Effektivität des Planungsverfahrens, nicht jedoch beides garantiert werden⁴⁾.

dd) Zusagen auf der Basis eines "Grundsatzbebauungsplanes"

In stärkerem Maße als andere Vorschläge könnten Dispositionen auf der Grundlage eines "Grundsatzbebauungsplanes" getätigt werden, ein vom BVerwG im Flachglas-Urteil vorgezeichneter Weg⁵⁾. Danach könnten verbindliche Zusagen unter Erfüllung der Anforderungen dieses Urteils und nach Beteiligung der Bürger und Behörden erfolgen⁶⁾. Der Vorschlag ermöglicht Dispositionen um so mehr, je stärker sich einzelne Probleme zur Vorbereitung des endgültigen Bebauungsplanes absichten

1) So Battis, *ÖffBauRoR*, S. 195; Degenhart, *BayVBl* 1979, 295; Stettner, *AöR* 102 (1977), S. 571; Zuck, *Recht*, B. Rn. 24 c (S. 73); erwogen auch von OVG Lüneburg, *DVBl* 1978, 178 (179); vgl. ferner BGH, *NJW* 1980, 826 (828) mit Hinweis auf entsprechende Überlegungen der Vorinstanz.

2) Ebd.

3) Ähnlich schon Krebs, *VerwArch* 72 (1981), S. 59.

4) Scheuing, *VVDStRL* 40 (1982), S. 180 Fn. 111. vgl. Darstellung des Interessenkonflikts 1. Kap. II.5.

5) BVerwG 45, 309 ff.; vgl. auch BGH, *NJW* 1976, 1745 (1746).

6) Dazu Scheuing, *VVDStRL* 40 (1982), S. 180.

lassen. Ob sich das Recht des Bebauungsplanes dazu eignet, ist jedoch fraglich.

Für eine reelle Problemabschichtung im Planungsrecht müssen Einzelprobleme aus dem Gesamtkomplex herausgelöst und von der planenden Verwaltung schrittweise verbindlich entschieden werden, so daß die jeweils nachfolgende Stufe hierdurch präjudiziert wird¹⁾. Einzelfragen lassen sich nur dann aus der Gesamtentscheidung herauslösen, wenn die Vorabentscheidung beim Ablauf der vorgesehenen Frist bestandskräftig wird und spätere Einwendungen oder Anfechtungen Dritter ausgeschlossen sind²⁾.

Gestufte Vorabentscheidungen mit Ausschlußwirkung sieht das Recht des Bebauungsplanes jedoch nicht vor. Da der Bebauungsplan in der Form einer Satzung erlassen wird, erfolgt jede gerichtliche Kontrolle des Planes nicht nur auf vorgetragene Individualrechtsverletzungen, sondern auf Rechtsfehler jeder Art³⁾. Selbst wenn einzelnen an der Vorabentscheidung Beteiligten ihre Einwendungen abgeschnitten wären, hinderte dies nicht andere, zusammen mit der Kontrolle des Planes auch die Vorabentscheidung zum Gegenstand gerichtlicher Prüfung zu machen⁴⁾. Die Form der Planungsentscheidung und der Umfang ihrer gerichtlichen Kontrolle erlauben somit keine effektive Problemabschichtung⁵⁾. Eine bestandskräftige, grundsätzliche, und damit umfassend dispositionsermöglichende Vorabentscheidung läßt das Recht des Bebauungsplanes nicht zu.

Ein "Grundsatzbebauungsplan" könnte erst dann aufgestellt werden, wenn das Aufstellungsverfahren des Bebauungsplanes nach Vorbildern des Fachplanungsrechts (de lege ferenda) zu einem gestuften Planungsverfahren⁶⁾ umgestaltet würde. Vor einer solchen Grundsatzentscheidung müßte eine ausreichende Einbeziehung der Planungsbetroffenen erfolgen⁷⁾. Dann bestünde hier aber erneut die Gefahr von Zusagen noch vor Abschluß der Beteiligungsphase, so daß das Problem nur um eine Ver-

1) Ebd., S. 173; vgl. ferner Ossenbühl, DVBl. 1981, 864; Wahl, DÖV 1975, 375.

2) Zu den verwaltungsrechtsdogmatischen Problemen gestufter Verfahren Wahl, VVDStRL 40 (1982), S. 290.

3) Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 174.

Die Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist ein objektives Rechtsbe-
standungsverfahren, in dem eine allgemeine Überprüfung von
Rechtsfehlern erfolgt. Vgl. BT-Drs. 7/4324, S. 8 ff.; BVerwGE 56,
172 (174 ff.); Kopp, VwGO, § 47 Rn. 3; Krebs, VerwArch. 69 (1978),
S. 328; v. Mutius, VerwArch. 64 (1973), S. 99; Renck, NJW 1980,
1025.

4) Zur Einführung einer gewissen Präklusion durch BVerwGE 59, 87 ff.;
s. 3. Kap. II. 3. b).

5) So auch Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 185 LS 11.

6) Zur Möglichkeit und Problematik mehrstufiger Verfahren bei kom-
plexen Planungen Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 289 ff.; Hoppe,
ÖffBauBoR, Rn. 299; Schmidt-Aßmann, FS BVerwG, S. 569 ff.;
Wahl, DÖV 1975, 373 ff.

7) Stufungen erfüllen ihren Sinn nur dort, wo drittbetroffene Bürger
von vornherein rechtlich ausreichend in den Abschichtungsvorgang
einbezogen werden; Scheuing, ebd. S. 173.

fahrensstufe nach vorne verlagert würde¹⁾, letztlich jedoch ungelöst bliebe.

Angesichts der aufgezeigten Alternativität zwischen einer effektiven Bindung und der Offenheit des Verfahrens führt die Problemstellung der Bebauungsplanzusage damit an die "Grenzen des rechtlich Regelbaren"²⁾.

ee) Die Verlagerung auf den Bereich der Sekundäransprüche

Die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht im Schrifttum halten daher unter Verzicht auf eine primäre Leistungsverpflichtung der Gemeinde eine Absicherung des Planungsrisikos durch Einräumung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen beim Ausbleiben des erhofften Planungsergebnisses für vorzugswürdig. Hiergegen erheben sich jedoch Bedenken.

Zunächst erscheint zweifelhaft, ob angesichts der Tatbestandsmerkmale möglicher Sekundäransprüche nach geltendem Recht eine ausreichende Sicherung des investierenden Bauwilligen zu erwarten ist. Da nach wie vor für eine Haftung der Gemeinde ein Verschulden und sein Nachweis erforderlich ist, lassen sich jedenfalls keine sachgerechten Lösungen über die herkömmlichen Institute der culpa in contrahendo und der Amtshaftung erzielen³⁾. Ansprüche wegen enttäuschten Vertrauens oder enteignenden Eingriffs⁴⁾ sind für diese Fälle (noch) zu unsicher, um das Sicherheitsbedürfnis des Investors ausreichend zu befriedigen⁵⁾.

Zur Kompensation des enttäuschten Vertrauens eines Planungspartners zeigt der BGH⁶⁾ einen diskussionswürdigen Weg auf, der in der Literatur auf Zustimmung gestoßen ist⁷⁾. Eine grundsätzliche Lösung des Problems kommunaler Planungszusagen kann von dem Vorschlag des BGH gleichwohl nicht erwartet werden, da das Anwendungsfeld des Vorschlages auf solche Fälle begrenzt ist, in denen die Gemeinde zugleich als Verkäuferin des planungsbetroffenen Grundstücks aufgetreten ist; andere Fallgestaltungen der Planungszusage lassen sich mit der Konstruktion einer Umdeutung nicht lösen.

Auch in der Sache bestehen Ansatzpunkte berechtigter Kritik. Zum einen erscheint die Umdeutung der kommunalen Verpflichtungserklärung,

1) Ebd., S. 180.

2) Wahl, VVDStRL 40 (1982), S. 290; Scheuing, ebd., S. 181.

3) So auch Dolde, NJW 1981, 1930; vorher bereits ders., NJW 1979, 891; Stettner, AöR 102 (1977), S. 547.

4) Vgl. dazu Zuck, Recht, B Rn. 51 ff. An einer eigentumsgleichen Rechtsposition fehlt es jedoch regelmäßig; Stettner, ebd.

5) Dolde, NJW 1979, 891; Stettner, ebd. Bei entsprechenden Überlegungen zur Entschädigung aus "enteignendem" und enteignungsgleichem Eingriff muß insbesondere die neuere Rspr. des BVerfG (E 58, 300 und NJW 1982, 371) berücksichtigt werden, auf die Rspr. und Lit. mit Zurückhaltung reagiert haben; vgl. dazu Bender, BauR 1983, 8 ff.; Ossenhühl, NJW 1983, 1 ff.

6) NJW 1980, 826 ff.

7) Birk, JA 1981, 58; Dolde, NJW 1980, 1658; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 61.

die zweifellos eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung begründen sollte, in die privatrechtliche Übernahme des Planungsrisikos nicht unproblematisch¹⁾.

Bedenken bestehen zum anderen gegen das Ergebnis dieses und anderer Vorschläge, die zwar der Gemeinde die volle planerische Freiheit belassen, sie aber zugleich mit dem vollen Schadensrisiko beim Ausbleiben des garantierten Planungsergebnisses belasten. Sieht sich die Gemeinde in dieser Situation grundsätzlich Ersatzansprüchen ausgesetzt, so stellt sich die drohende Schadensersatzpflicht als "indirekter Zwang"²⁾ zur Planung dar, der sich ebenso stark auswirken kann wie die primäre Leistungspflicht³⁾. Ändern sich planerische Gesichtspunkte nach Zusageerteilung, so besteht die Gefahr, daß die Gemeinde auf die Modifizierung der Planung nur deshalb verzichtet, um Schadensersatzansprüchen zu entgehen. Auch ohne unmittelbare Pflicht zur Erfüllung kann die Zusage damit zur Gefahr für eine optimale Planaufstellung werden. Im gleichen Maße, in dem Bedenken gegen eine primäre Leistungspflicht hinsichtlich einer Zwangslage der Gemeinde bestehen, gelten diese auch für Sekundäransprüche. Soll sich die Gemeinde, um eine optimale Planung sicherzustellen generell keinem Zwang ausgesetzt sehen, so muß sie zur Änderung ihrer Planungskonzeption aus planungsbezogenen Gründen in der Lage bleiben, ohne mit Schadensersatzansprüchen rechnen zu müssen. Soweit sich dieses Problem durch einen schadensersatzlosen Fortfall der Primärleistungspflicht lösen läßt, entfällt im übrigen jeder Grund für eine grundsätzliche Ablehnung rechtmäßiger Zusagen und für eine prinzipielle Verlagerung des Problems auf Sekundäransprüche.

d) Lösungsvorschlag

Als Grundlage eines Lösungsvorschlags können die praxisorientierten Ausführungen des BVerwG im Flachglas-Urteil dienen: "Je umfangreicher und je komplizierter ein planerisches Vorhaben ist oder wird, um so mehr kommt es nach aller Erfahrung zu einer notwendigen Wechselwirkung zwischen der planerischen Festlegung und ihrer konkreten Verwirklichung. Dem Planverfahren vorgeschaltete Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen, Verträge u.a.m. können geradezu unerlässlich sein, um überhaupt sachgerecht planen und eine angemessene, effektive Realisierung dieser Planung gewährleisten zu können. Das alles pauschal als gesetzwidrig abtun zu wollen, ginge an der Realität der Planungsvorgänge vorbei"⁴⁾. Zusagen können daher weder schlechthin als rechtswidrig bezeichnet werden⁵⁾, noch können sie ohne weiteres zugelassen werden⁶⁾.

- 1) Zutreffend v. Mutius, Jura 1980, KK § 59 VwVfG Nr.1. Eine Umdeutung ins Privatrecht lehnt Schimpf (Vertrag, S.302 f.) deshalb ab, weil sich der Gegenstand ändert.
- 2) So BayObLG, BayVBl.1976, 378 (379).
- 3) Zutreffend Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S.195 f.; Plagemann, JA 1981, 596, der die Lösung des BGH für "inkonsequent und nicht überzeugend" hält.
- 4) BVerwGE 45, 309 (317).
- 5) So aber BVerwG, NJW 1980, 2538; DÖV 1981, 878.
- 6) Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S.181.

Die Verfahrensregelungen des Bundesbaugesetzes (Beteiligungs- und Abwägungsverfahren) und ihre funktionale Bedeutung für die Planaufstellung müssen bei Überlegungen zur Rechtmäßigkeit der Planungszusage ausreichend berücksichtigt werden. Voraussetzung rechtmäßiger Zusagen ist daher, daß der Planungsträger in der Lage bleibt, bisher unerkannte Belange in die Planungsentscheidung auch nach Zusageerteilung einzubeziehen. Soweit zwischen der Zusageerteilung und dem Satzungsbeschluß keine Belange zur Kenntnis der Gemeinde gelangen, die eine Optimierung der Planungsentscheidung erforderlich machen, bestehen keine Bedenken gegen Planungszusagen. Die bloße Möglichkeit neuer Erkenntnisse nach Zusageerteilung zwingt jedoch nicht zur Annahme prinzipieller Rechtswidrigkeit der Bebauungsplanzusagen. Zur Funktionserhaltung des kommunalen Planungsverfahrens reicht es vielmehr aus, die Bindung der Gemeinde an ihre Zusage erst dann entfallen zu lassen, wenn es für eine Verbesserung der Planung notwendig ist, einen neuen abwägungsrelevanten Belang zu berücksichtigen. Solange dieses Erfordernis nicht besteht, kann ohne Bedenken von einer grundsätzlichen Rechtmäßigkeit der Zusage ausgegangen werden.

aa) Zusagen bei unveränderten Planungsverhältnissen

Die aufgezeigte Situation, daß neue Belange bis zum Satzungsbeschluß ausbleiben, mag selten sein. Sie ist jedoch um so häufiger anzutreffen, je umfassender die Gemeinde vor der Fertigstellung eines Planentwurfs die planungsrelevanten Belange ermittelt und je mehr "Vorkenntnisse"¹⁾ sie sich über die erwarteten Anregungen, Bedenken und Stellungnahmen verschafft hat.

Viele Aufstellungsverfahren sind im Hinblick auf die Einwendungen so gelagert, daß die zu erwartenden Bedenken ohne weiteres von der Gemeinde vorherzusehen sind. Insbesondere bei einer beabsichtigten Ausweisung als Gewerbe- oder Industriegebiet sind Einwendungen der Bürger gegen die befürchteten Immissionen schon vor deren förmlicher Beteiligung prognostizierbar²⁾. Hinzu kommt, daß gerade bei Großbauprojekten Anregungen und Kritik über die Diskussion in den Medien³⁾ verstärkt auf andere informelle Weise zur Kenntnis der Kommune gelangen. Um so seltener werden der Gemeinde dann neue, ihr unbekannte Belange erst in der formellen Beteiligungsphase vorgetragen.

Aufschlußreich für die Einschätzung der Situation in der Praxis sind auch neuere statistische Ergebnisse⁴⁾. Danach stellen sich die Einwendungen des förmlichen Beteiligungsverfahrens nach Aussagen von mehr als der

-
- 1) Gelzer, BauR 1975, 150; Plagemann, JA 1981, 595.
 - 2) Gelzer (ebd.) verlangt von der Gemeinde zu Recht gewisse "seherische" Fähigkeiten. Die Problematik zwingt die Gemeinde dazu, möglichst genaue Kenntnisse über das beabsichtigte Vorhaben und die mutmaßliche Reaktion der Verfahrensbeteiligten zu gewinnen.
 - 3) Vorabbindungen werden in jüngster Zeit ausführlich in der Öffentlichkeit und in der Presse diskutiert; so Reichert/Dürr, BauR, 1. Aufl. 1978, S. 18.
 - 4) Vgl. die Untersuchung von 7446 Bebauungsplanaufstellungsverfahren von Evers u.a., Praxis der Gemeinden.

Hälfte der befragten Gemeinden¹⁾ als Wiederholung der Meinungsäußerungen aus der frühen Beteiligung dar. Hinzu kommen in aller Regel Bagatelleinwendungen, Einwendungen zum Beteiligungsverfahren selbst und unsachliche Einwendungen. Würde eine Zusage nach durchgeführter früher Bürgerbeteiligung erteilt, so wären danach regelmäßig nur wenige neue Anregungen und Bedenken der Bürger im formellen Beteiligungsverfahren zu erwarten.

Nur in 2 % der Aufstellungsverfahren²⁾, also in jedem 50. Verfahren, sehen sich Gemeinden in der Praxis veranlaßt, aufgrund der in der frühen Bürgerbeteiligung vorgetragenen Bedenken ihre einmal gefaßte Planungskonzeption zu revidieren, obwohl die Planung zu diesem Zeitpunkt noch weit weniger verfestigt ist als zur Zeit der nachfolgenden, formellen Bürgerbeteiligung. Dies kann als Anhaltspunkt dafür dienen, daß vorgebrachte Einwendungen entweder der Gemeinde bereits bekannt sind und bei der Ausarbeitung des Entwurfs berücksichtigt wurden oder von ihr als nicht abwägungsrelevant eingeschätzt werden, jedenfalls keinen Anlaß zur Modifikation des Entwurfs geben.

Falsch wäre es, die aufgezeigten Fakten und Überlegungen zum Anlaß zu nehmen, die Notwendigkeit oder Effektivität des Beteiligungsverfahrens grundsätzlich in Frage zu stellen. Sie demonstrieren jedoch, daß die Annahme, nach einer Zusageerteilung würden keine neuen, abwägungsrelevanten Belange erkannt, nicht völlig realitätsfremd ist. Für diese Situation fehlender, neuer Planungsfakten bis zum Satzungsbeschluß entfallen die grundsätzlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit vorheriger Planungszusagen.

bb) Die Bindungswirkung der Zusagen nach veränderten Planungsverhältnissen

Fördert die -je nach Verfahrensstadium noch durchzuführende- Beteiligung der Bürger oder Träger öffentlicher Belange neue, der Gemeinde unbekannte Belange zutage, die eine Modifizierung der ursprünglichen Planungsabsicht begründen, so stellt sich für die Planungsentscheidung eine neue Sachlage ein. Nur wenn es die Rechtsinstitute der einseitigen und vertraglichen Zusage der Gemeinde gestatten, sich in dieser Situation von ihrer Zusage zu lösen und eine modifizierte Planungsentscheidung zu treffen, besteht kein Grund, Planungszusagen ihre Rechtmäßigkeit abzusprechen. Die Rechtmäßigkeit hängt somit von Bindungswirkung und -intensität einseitiger und vertraglicher Zusagen ab. Stehen diese unter einem weitgehenden Vorbehalt gleichbleibender Sach- und Rechtslagen, so daß eine Änderung der Planungsdaten es erlaubt, die Bindung zu beseitigen, eignen sie sich zur Regelung dieser "zukunftsgefährdeten" Rechtsmaterie. Soweit Lageveränderungen die Erfüllungspflicht der Gemeinde entfallen lassen, bewirkt die Zusageerteilung gerade keine "nahezu notwendige" Verkürzung der gebotenen

1) Ebd., S. 81, 84 Tab.13: 53,9% der 345 Gemeinden.

2) Ebd., S. 84 Tab.12 (131 von 7446 Verfahren).

Abwägung¹⁾.

Werden etwa nachträglich bisher unbekannte, abwägungsrelevante Belange vorgetragen, so stellt sich die der Zusage vorausgehende Abwägung zwar als defizitär dar. Soweit die Gemeinde dann aber an ihre Zusage nicht mehr gebunden ist, kann sie in einen neuen Entscheidungsprozeß eintreten und eine unbeeinflusste, gerechte Abwägung vornehmen. Damit ist das entscheidende Kriterium genannt, das nach OVG Münster²⁾ einen Abwägungsfehler heilt und trotz Vorwegnahme der Entscheidung eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Planung ermöglicht.

cc) Die Vorzüge für die Gemeinde

Den Bedürfnissen der zusagewilligen Gemeinde kommt der Vorschlag insoweit entgegen, als er ihre prinzipielle Bindung durch eine rechtmäßige Zusage gestattet. Damit eröffnet er ihr die Möglichkeit, nicht nur sich selbst rechtmäßig zur Aufstellung eines bestimmten Bebauungsplanes zu verpflichten, sondern den Planungspartner zu einer Verpflichtungserklärung im Gegenzug zu veranlassen. Die Chancen, die Aufstellung und Realisierung des Planes dadurch zu beschleunigen und die Finanzierung der Erschließung und Folgeeinrichtungen zu sichern oder zu fördern, können so wesentlich erhöht werden. Die wiederholt erhobene Forderung, angesichts des unzureichenden Instrumentariums des Bundesbaugesetzes der Gemeinde das zur Planverwirklichung erforderliche Instrumentarium zur Verfügung zu stellen³⁾, kann durch eine "Legalisierung" der Bebauungsplanzusage zumindest partiell erfüllt werden.

Andererseits ist die Gemeinde bei dieser Konzeption nicht grenzenlos an ihre Zusage gebunden. Da ihr das Erkennen neuer, abwägungsverändernder Belange gestatten soll, sich von ihrer Zusage zu lösen, entsteht keine vom BVerwG⁴⁾ zu Recht abgelehnte "starre Bindung"⁵⁾. Belange, die nach der Zusage im Beteiligungsverfahren vorgetragen werden oder auf andere Weise zur Kenntnis der Gemeinde gelangen, können auf diese Weise in die abschließende Abwägung eingestellt werden und zur Verbesserung der Planungsentscheidung beitragen. Dem berechtigten Interesse der Gemeinde an der Wahrung planerischer Flexibilität kann so Rechnung getragen werden. Bei verminderter Bindungswirkung der Zusagen ist es aus Sicht der Gemeinde nicht erforderlich, diese grundsätzlich für rechtswidrig zu erklären.

1) So aber BVerwG, DVBl.1977, 529 (530); vgl. auch BVerwG, NJW 1980, 2538 (2539); BGH, NJW 1980, 1802 (1803).

2) BauR 1977, 100 (102); siehe 1.Kap. I.5.

3) Dazu BT-Drs. 7/4793, S. 1 f.

4) BVerwGE 42, 331 (341).

5) So auch Degenhart, BayVBl.1979, 295.

dd) Die Vorzüge für den Zusageempfänger

Der dargestellte Vorschlag scheint jedoch einseitig zu Lasten des Zusageempfängers auszufallen, dessen Dispositionsinteresse durch ihn nur begrenzt befriedigt werden kann. Angesichts der Alternativität von Bindungs- und Verfahrenseffektivität kann dem Dispositionsschutz allerdings kein Vorrang gegenüber der Funktionserhaltung des Verfahrens zur Sicherung optimaler Planungsentscheidungen zukommen. Dennoch stellt der Vorschlag den Bauwilligen nicht völlig schutzlos. Er erweist sich vielmehr als vorteilhaft gegenüber der Ansicht der Rechtsprechung:

Anstatt den Zusageempfänger grundsätzlich auf Sekundäransprüche zu beschränken, ist bei einer rechtmäßigen Verpflichtungserklärung eine erfolgreiche Klage des Zusageempfängers gegen die Gemeinde auf Erfüllung ihrer Primärleistungspflicht - Aufstellung des zugesagten Bebauungsplanes - denkbar¹⁾. In Anbetracht der zu Recht bestrittenen Eignung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen²⁾, den Vertrauensverlust des Bürgers ausreichend zu kompensieren, und angesichts der Einmaligkeit von persönlichen Lebensgestaltungschancen³⁾ erscheint es vorrangig geboten, die primären Leistungspflichten aufrechtzuerhalten.

Zum anderen erlaubt der Vorschlag der Gemeinde einen Wechsel der Planungskonzeption ausschließlich aufgrund neuer, planungserheblicher Belange. Der Zusageempfänger wird also vor solchen Änderungen der Planungsabsichten geschützt, die grundlos oder aus nicht planungsbezogenen Gründen erfolgen⁴⁾.

Auch im Falle eines berechtigten Lösens von ihrer Zusage bliebe die Gemeinde verpflichtet, zunächst die Verpflichtung zur Planaufstellung an die veränderten Umstände im Einzelfall anzupassen⁵⁾. Bei der Suche nach einem rechtmäßigen, alternativen Weg wäre die Gemeinde sodann verpflichtet, unter Berücksichtigung der Interessen des Zusageempfan-

1) Dazu s. 7.Kap. Sogar bei fehlender gerichtlicher Durchsetzbarkeit (Bindungsobliegenheit) stellt sich der Vorschlag hinsichtlich der Sekundäransprüche für den Zusageempfänger als vorteilhaft dar; Degenhart, BayVBl.1979, 295; Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S.200.

2) Zacher, VVDStRL 32 (1974), S.255.

3) Fiedler, AöR 105 (1980), S.114.

4) So auch Degenhart, BayVBl.1979, 295. Ebensowenig erlaubt eine geänderte Bewertung der bei Zusageerteilung bekannten Belange eine Lösung von der Bindung. Damit wird der Planungspartner der Gemeinde, der im Vertrauen auf die Planungszusage disponiert hat, vor einem Sinneswandel der Gemeinde aus nicht planungsimmanen Gesichtspunkten geschützt. Von ihrer Verpflichtung kann die Gemeinde nur über den Umweg vollen Schadensersatzes freikommen; Plagemann WM 1979, 801.

5) Für die einseitige Zusage BVerwGE 49, 244 (251); für die vertragliche Zusage BVerfGE 34, 216 ff. (2. Coburg-Urteil). Danach ist vorrangig zu prüfen, ob die ursprüngliche Verpflichtung nicht zumindest teilweise erfüllt oder gemildert werden kann.

gers die schonendste Alternative zu wählen¹⁾. Diese verhältnismäßige Anpassung im Einzelfall erlaubt damit eine flexiblere und interessengerechtere Reaktion auf neue Planungskenntnisse, als dies bei einer pauschalen Annahme der Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit möglich ist²⁾.

Selbst wenn die primäre Leistungspflicht der Gemeinde aufgrund veränderter Planungsumstände entfällt, bleiben zudem bei grundsätzlicher Rechtmäßigkeit der Zusage sekundäre Verhaltenspflichten bestehen³⁾. Neben der ohnehin bestehenden Pflicht der Gemeinde, sich selbst bezüglich der Planung konsequent zu verhalten⁴⁾, muß sie den Zusageempfänger bereits früh über Umstände informieren, die die Planaufstellung gefährden⁵⁾, sich ferner bemühen, die Voraussetzungen für die Erfüllung der Zusage zu schaffen⁶⁾, und stets die Interessen des Zusageempfängers berücksichtigen⁷⁾. Sowohl die Anpassungspflicht im Einzelfall als auch der Fortbestand sekundärer Verhaltenspflichten stellen sich für den Planungspartner als vorteilhaft heraus.

Anders als dem Empfänger einer nichtigen Zusage stehen dem Empfänger einer rechtmäßigen und wirksamen Zusage im Fall von Leistungsstörungen weitergehende Ansprüche auf Ersatz seiner Schäden zu⁸⁾. Erleidet der Zusageempfänger beispielsweise infolge verzögerlicher Aufstellung des Planes durch die Gemeinde einen Schaden, so scheidet eine Ersatzpflicht der Gemeinde bei Annahme der Nichtigkeit aus⁹⁾, da das Vertrauen in nichtige Staatsakte grundsätzlich nicht geschätzt wird¹⁰⁾. Bei der Annahme einer rechtmäßigen Zusage wäre ein Ersatzanspruch jedoch nicht ausgeschlossen¹¹⁾.

-
- 1) Fiedler, Funktion, S.271. Zur "verhältnismäßigen" Anpassung an den neuen Zustand BVerfG, NJW 1977, 1049 (1054).
 - 2) Nicht auf der Ebene des Zustandekommens und der Rechtswirksamkeit, sondern auf der Ebene der Leistungsstörungen will auch Bültinger (DÖV 1977, 814, 817) den Konflikt lösen, um so interessengerechtere Lösungen zu erzielen.
 - 3) Vgl. BGH, DVBl.1978, 799.
 - 4) Zur Pflicht zu konsequentem Verhalten vgl. BGH, NJW 1960, 2334; NJW 1963, 644 (645); WM 1970, 1252 (1254 ff.); ZfBR 1980, 209 f.; auch Luhmann, BayVBl.1974, 459.
 - 5) Zu dieser Aufklärungspflicht vgl. BGH, NJW 1978, 1802 (1804).
 - 6) Zur Bemühungspflicht Fiedler, Funktion, S.164 f.; vgl. auch Raschauer, VVDStRL 40 (1982), S.250. Diese Pflicht resultiert letztlich aus der mit Zusageerteilung übernommenen, rechtlichen Verantwortung der Gemeinde; Fiedler, ebd., S.270.
 - 7) Zur Pflicht, die Interessen des Partners zu berücksichtigen, vgl. BGH, NJW 1978, 1802 (1804).
 - 8) Siehe im einzelnen die unterschiedlichen Lösungsansätze bei Bültinger, DÖV 1977, 814 ff.; Degenhart, BayVBl. 1979, 297 (nach vertraglichen Grundsätzen); Plagemann, WM 1979, 800 f.
 - 9) So im Ergebnis LG Siegen, Urt. v. 30.6.1981 - 2 b O 593/80 (unveröff.).
 - 10) Vgl. z.B. § 44 VwVfG.
 - 11) Aus §§ 286 oder 326 BGB analog; vgl. entspr. Überlegungen des LG Siegen, ebd.

Der Vorschlag trägt damit der Schutzbedürftigkeit eines im Vertrauen auf die gemeindliche Zusage disponierenden Bauwilligen umfassender Rechnung, als dies bei den Lösungsansätzen der Rechtsprechung möglich ist.

Auf der Grundlage dieser Ansicht stellt die Argumentation mit der Funktionswahrung planungsrechtlicher Verfahrensregelungen kein unüberwindbares Hindernis für die Annahme einer rechtmäßigen Bauplanungszusage dar.

6. Der Inhalt der Zusage

Anlaß zu einer eigenen Rechtswidrigkeitsprüfung gibt der besondere Zusammenhang zwischen der Zusage und der zugesagten Maßnahme. Da die Zusage zum Erlaß der zugesagten Maßnahme verpflichtet, folgt aus der inhaltlichen Rechtswidrigkeit der zugesagten Maßnahme die Rechtswidrigkeit der Zusage selbst¹⁾. Die zeitliche Vorverlagerung der Entscheidungssituation auf den Zeitpunkt der Zusageerteilung bewirkt im Recht der Zusage die Notwendigkeit einer doppelten Rechtmäßigkeitsprüfung²⁾: Nicht nur der Vorgang der Zusageerteilung selbst, sondern auch die Endentscheidung muß den Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung genügen. Inhalt einer rechtmäßigen Zusage kann somit nur eine rechtmäßige Maßnahme sein³⁾.

Vor Erteilung einer Zusage muß die Gemeinde daher prüfen, welcher Inhalt der Zusage, d.h. welche Festsetzungen des Bebauungsplanes den materiell-rechtlichen Anforderungen des Bundesbaugesetzes entsprechen. Für die Rechtmäßigkeitsprüfung einer bereits erteilten Zusage ist umgekehrt zu fragen, ob ein rechtmäßiger Bebauungsplan auf ihrer Grundlage aufgestellt werden kann. Die Zusage muß daher für ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit den gleichen Anforderungen genügen, die sie erfüllen müßte, wenn sie als Bestandteil des abschließenden Abwägungsvorgangs getroffen würde⁴⁾. Zu beachten sind daher schon bei der Erteilung einer Zusage:

- a) das Prinzip der Erforderlichkeit der Planung (§ 1 Abs. 3 BBauG),
- b) die Bindung an vorausgegangene und überörtliche Planungen,
 - das Anpassungsgebot an die Ziele der Raumordnung und der Landesplanung (§ 1 Abs. 4 BBauG),
 - das Berücksichtigungsverbot der Stadtentwicklung (§ 1 Abs. 5 BBauG),
 - das Entwicklungsgebot aus dem Flächennutzungsplan (§ 8 Abs. 2 BBauG),
- c) das Abwägungsgebot,

1) So die h.M. vgl. die Nachweise bei Fiedler, Funktion, S. 79. Streitig ist lediglich die Auswirkung der Rechtswidrigkeit auf die Wirksamkeit der Zusage.

2) Ebd., S. 21, 31 f., 78 f.

3) So auch Palau, Diss., S. 114 m.w.N. Fn. 7.

Da dies nur die Stufe der objektiven Rechtmäßigkeitsprüfung betrifft, ist damit noch keine Aussage über die Verletzung subjektiver getroffen; dazu s.u. 3. Kap. II. 3.

4) BVerwGE 45, 309 (321).

- das interkommunale Abstimmungsgebot (§ 2 Abs. 4 BBauG) und
- das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG.

Hat die Gemeinde beispielsweise eine Zusage erteilt, um dadurch lediglich den Verkauf gemeindeeigener Grundstücke zu Baulandpreisen zu ermöglichen¹⁾, so ist die Zusage - wie ein an ihrer Stelle erlassener Bebauungsplan - mangels Erforderlichkeit rechtswidrig²⁾. Gleiches gilt, wenn eine konkrete Bebaubarkeit im Widerspruch zu den Ausweisungen vorausgegangener oder überörtlicher Planungen zugesagt wird³⁾.

Soll die Zusage rechtmäßig sein, muß insbesondere bereits bei der Zusageerteilung eine angemessene Abwägung dessen stattfinden, was sich bis zu diesem Zeitpunkt an von der Planaufstellung betroffenen Belangen absehen läßt (Beachtung des Abwägungsgebots bei der Vorentscheidung)⁴⁾. Je früher die Zusage innerhalb des Aufstellungsverfahrens erteilt wird, desto mehr werden gewisse "seherische" Fähigkeiten von der Gemeinde erwartet. Sie muß Bedenken und Anregungen sowie Stellungnahmen, die noch nicht ausgesprochen, aber zu erwarten sind, in die vorgezogene Abwägung einbeziehen⁵⁾. Genügt der Inhalt der Zusage nicht den Anforderungen an eine gerechte, rechtsstaatliche Abwägung, so ist die Zusage rechtswidrig.

Die Möglichkeiten eines rechtsfehlerhaften Inhalts sind bei der Zusage damit ebenso groß wie beim Bebauungsplan selbst. Entspricht die Zusage aber den Anforderungen, die an einen rechtmäßigen Bebauungsplan gestellt werden, so ist sie rechtmäßig.

Da die Bebauungsplanzusage somit nicht grundsätzlich höherrangigem Recht widerspricht, genügt eine im Rahmen der dargestellten Grenzen erteilte Zusage den Erfordernissen des Vorrangs des Gesetzes.

II. Der Vorbehalt des Gesetzes

Da zum Kernbestand des Gesetzmäßigkeitsprinzips auch der Vorbehalt des Gesetzes gehört, muß die Bebauungsplanzusage für ihre Rechtmäßigkeit ebenso dem Vorbehaltsprinzip genügen. Danach dürfen bestimmte hoheitliche Maßnahmen allein durch ein Gesetz oder aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung getroffen werden⁶⁾. Einer Ermächtigungsgrundlage bedarf die Zusage daher nur, wenn sie in den Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes fällt.

1) Vgl. Ausgangsfall D.

2) VGH BW, DVBl. 1966, 827; Finkelnburg, ÖffBauR, § 7 II (S. 27).

3) Vgl. Ausgangsfall C.

4) BVerwGE 45, 309 (321).

5) Gelzer, BauR 1975, 150.

6) Statt vieler Kisker, NJW 1977, 1313.

Der Vorbehalt des Gesetzes, dessen grundsätzliche Geltung unbestritten ist¹⁾, umfaßt die zwei Aspekte allgemeiner Gesetzesvorbehalt (Rechtsatzvorbehalt²⁾) und Parlamentsvorbehalt. Beide sind infolge der mit ihnen verbundenen unterschiedlichen Fragestellungen zu trennen.

Der allgemeine Gesetzesvorbehalt betrifft die Frage, ob der Sachverhalt überhaupt durch Gesetz oder aufgrund Gesetz zu regeln ist. Er dient damit der Vorhersehbarkeit und Meßbarkeit staatlichen Handelns aus der Sicht des Staatsbürgers, der schon aus dem Gesetz ersehen können soll, wozu er berechtigt und verpflichtet ist.

Während der allgemeine Gesetzesvorbehalt damit auf rechtsstaatlichen Gedankengängen basiert, liegen dem Parlamentsvorbehalt demokratische Gedankengänge zugrunde³⁾. Er bezeichnet das Problem, ob der parlamentarische Gesetzgeber die Regelung selbst erlassen muß oder ob er sich seiner Rechtssetzungsbefugnis durch Delegation an die Verwaltung entäußern darf. Der Parlamentsvorbehalt spricht damit die Frage an, wie die Summe rechtsetzender Tätigkeit zwischen dem Parlament und der Exekutive aufzuteilen ist⁴⁾. Er kennzeichnet den Raum, in welchem der parlamentarische Gesetzgeber selbst tätig werden muß⁵⁾.

Legt der Parlamentsvorbehalt das Ausmaß formell-gesetzlicher Regelungsdichte fest, so verdeutlicht dies, daß zwischen allgemeinem Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt ein "Stufenverhältnis"⁶⁾ besteht⁷⁾. Der Parlamentsvorbehalt stellt also einen zum Delegationsverbot verdichteten Gesetzesvorbehalt dar⁸⁾. Bevor daher die Frage des Parlamentsvorbehalts relevant wird, ist zunächst zu fragen, ob die staatliche Maßnahme überhaupt in den Bereich des (allgemeinen) Gesetzesvorbehalts fällt⁹⁾.

1. Die Reichweite des allgemeinen Gesetzesvorbehalts

Die Reichweite des allgemeinen Gesetzesvorbehalts ist umstritten, wobei das Spektrum der Diskussion durch die extremen Ansichten vom "Eingriffsvorbehalt" und "Totalvorbehalt" begrenzt wird. Während die Lehre vom Eingriffsvorbehalt den Vorbehalt auf "Eingriffe in Freiheit und Eigentum" beschränkt¹⁰⁾, bedarf nach der Lehre vom Totalvorbehalt jedes Handeln der Exekutive, soweit das Außenverhältnis zwischen

1) Krebs, Vorbehalt, S. 12 m.w.N. Fn. 9.

Gleichwohl ist der normative Standort des Vorbehalts des Gesetzes noch nicht ausreichend geklärt (dazu Schnapp, Amtsrecht, S. 248 ff.; ders., Art. 20 GG, Rn. 43 m.w.N.).

2) So die Terminologie bei Kloepfer, JZ 1984, 693.

3) Krebs, Vorbehalt, S. 12.

4) Schnapp, Amtsrecht, S. 243.

5) Ebd., S. 244.

6) Erichsen, VerwArch. 67 (1976), S. 97 f.; ders., VerwArch. 69 (1978), S. 392 ff.; ders., VerwArch. 70 (1979), S. 252 ff.

7) Dies entspricht auch der Rspr. des BVerfG; vgl. BVerfGE 47, 46 (79); 57, 295 (320); 58, 257 (268, 274).

8) Erichsen, FS Jur. Gesellschaft Berlin, S. 113.

9) Ebd.

10) So die klassische Umschreibung; vgl. BVerfGE 8, 155 (167).

Staat und Bürger betroffen ist, einer gesetzlichen Ermächtigung¹⁾. Dazwischen befinden sich in großer Bandbreite vermittelnde Lösungen, die den Totalvorbehalt einschränken oder den Eingriffsvorbehalt ausdehnen (erweiterter Gesetzesvorbehalt)²⁾.

Unstreitig gilt der Gesetzesvorbehalt dort, wo es um belastende Eingriffe in individuelle Rechtspositionen geht³⁾.

Im Leistungsstaat der Gegenwart erfolgen staatliche Einwirkungen jedoch vielfach nicht mehr im Wege eines "gezielten" Eingriffs, sondern als Folge einer bestimmten Wahrnehmung von Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung⁴⁾. Staatliches Handeln, durch das dem Einzelnen Leistungen und Chancen gewährt werden, ist für die Existenz in Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines "Eingriffs"⁵⁾. Auch Leistungen des Staates, die in die Freiheitssphäre des Grundrechtsträgers einwirken und den Schutzbereich eines Grundrechts beschneiden, sind daher zu disziplinieren, wenn den Grundrechten eine den Einzelnen schützende Funktion zukommen soll⁶⁾.

Es kommt somit auf die grundrechtswidrige Benachteiligung an, nicht darauf, mit welchem Mittel diese bewirkt wird. Die Unterscheidung von Eingriff und Leistung des Staates ist daher im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt unerheblich geworden⁷⁾; ein auf bloße Eingriffe in Freiheit und Eigentum begrenzter Vorbehalt läßt sich jedenfalls nicht mehr halten⁸⁾.

Einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf die Exekutive danach auf den Gebieten, auf denen eine Interdependenz von Leistung und Eingriff, d.h. eine untrennbare Wechselwirkung von Begünstigung und Belastung besteht⁹⁾. Vorbehaltsrelevant kann somit auch eine Begünstigung sein, die entweder für den Begünstigten untrennbar mit einer Belastung verbunden ist¹⁰⁾ oder sich als Belastung eines Dritten darstellt¹¹⁾.

Da staatlichen Maßnahmen auch außerhalb eines Eingriffs grundrechtsrelevant sein können, darf die Frage der Grundrechtserheblichkeit nicht mehr allein mit Kriterien gemessen werden, die für den Eingriffsstaat entwickelt wurden¹²⁾. Das BVerfG qualifizierte daher auch solche Maßnahmen als grundrechtserheblich, denen Bedeutung "für die Verwirkli-

1) Siehe Jesch, Gesetz, S. 171 ff.

2) Dazu im einzelnen Krebs, Vorbehalt, S. 104 ff.; vgl. auch ders., Jura 1979, 304 ff.

3) Schnapp, Art. 20 GG, Rn. 44.

4) So BVerfGE 46, 120 (137 f.).

5) Bereits BVerfGE 40, 237 (249).

6) Erichsen, FS Jur. Gesellschaft Berlin, S. 119.

7) Ebd.; BVerfGE 47, 46 (78 f.); 49, 89 (129).

8) BVerfGE 18, 352; Schimpf, Vertrag, S. 144.

9) Zur sogenannten Interdependenzlehre grundlegend BVerfGE 6, 282 (288); 18, 352; Jesch, Gesetz, S. 175.

10) So beim Austauschvertrag oder beim begünstigenden VA mit belastender Auflage.

11) Schimpf, Vertrag, S. 145.

12) Erichsen, FS Jur. Gesellschaft Berlin, S. 119.

chung der Grundrechte" zukommt¹⁾.

Die Verwirklichung von Grundrechten kann auch der verfahrensrechtlichen Abstützung bedürfen, so daß sich die Schutzpflicht des Staates dann hierauf bezieht. Soweit ein Verfahren für die Ausübung grundrechtlich gewährleisteter Freiheiten unmittelbar von Bedeutung ist, kann einer staatlichen Maßnahme im Rahmen dieses Verfahrens grundrechtsrelevanz zukommen. Solche Maßnahmen können daher einem von der Grundrechtsrelevanz ausgehenden allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterliegen²⁾.

Anhand dieser Kriterien ist nachfolgend zu prüfen, ob die Bebauungsplanzusage in den Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes fällt. Ob die Verpflichtung der Gemeinde zum Erlaß eines Bebauungsplanes dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt, beurteilt sich danach nicht mehr anhand der überholten Begriffe "Eingriff" und "Leistung", sondern anhand der Begriffe "Belastung" und "Begünstigung".

2. Die Begünstigung des Zusageempfängers

Keiner Ermächtigungsgrundlage bedarf die Zusage, wenn sie als abschließliche Begünstigung zu verstehen ist.

Unabhängig vom jeweiligen Inhalt der Zusage sieht Pieper³⁾ die Begünstigung darin, daß dem einzelnen für einen frühen Zeitpunkt Rechtsklarheit vermittelt werde.

Dem hält Zeidler⁴⁾ zu Recht entgegen, daß der Zeitpunkt, zu dem ein Hoheitsakt ergeht, in keinem Verhältnis steht zu der Frage der Begünstigung oder Belastung durch ihn. Dabei handelt es sich um Begleitumstände, die den materiellen Gehalt des Hoheitsaktes nicht berühren. Vom materiellen Gehalt aber ist grundsätzlich auch eine belastende Zusage denkbar, beispielsweise eine Zusage, die ausspricht, eine Begünstigung werde nicht erteilt⁵⁾, oder eine Zusage mit Nebenbestimmungen, die den Hoheitsakt insgesamt mehr als belastend erscheinen läßt⁶⁾.

Soweit ausschließlich der Erlass eines Bebauungsplanes zugesagt wird, worauf sich die Arbeit beschränkt⁷⁾, stellt sich die Zusage jedenfalls

1) BVerfGE 47, 46 (79); vgl. auch BVerfGE 57, 295 (321); 56, 1 (3); BVerwG, DÖV 1981, 681 (682); BVerwGE 64, 308 (312 f.).

2) Erichsen, ebd., S. 121.

3) VerwArch. 59 (1968), S. 225.

4) Gutachten 44. DJT, S. 50 Fn. 153.

5) Zeidler, ebd.; vgl. Pfander, Diss., § 355, Nr. 5.

6) Fiedler, Funktion, S. 169 mit Hinweis auf BVerwG, BayVBl. 1973, 244.

7) Unberücksichtigt bleibt vorliegend auch die Gegenleistungspflicht des Bürgers im Rahmen eines Vertrages. Gegenstand der Diskussion ist hier, ob angesichts der Mitwirkung des Bürgers am Vertragsabschluß das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung entfällt; dafür BVerwGE 42, 331 (335); wohl auch Bleckmann, VerwArch. 63 (1972), S. 434 f.; Schwabe, Probleme, S. 107 ff.; kritisch dazu v. Mutius, VerwArch. 65 (1974), 208; differenzierend Pietzcker, Staat

im Verhältnis zum Empfänger als ausschließliche Begünstigung dar. Das schließt jedoch nicht aus, daß sich die Begünstigung des Zusageempfängers als Belastung eines Dritten auswirkt¹⁾, so daß die Zusage dennoch in den Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes fällt.

3. Die Belastung subjektiv-öffentlicher Rechte der Planungsbetroffenen

In der Zusage eines bestimmten Bebauungsplanes sieht Papier²⁾ eine Belastung subjektiver Rechte der Planungsbetroffenen. Zum einen werde das materielle subjektive Recht auf Abwägung, zum anderen das Verfahrensrecht der Betroffenen beeinträchtigt, weil deren gesetzlich vorgeschriebene Anhörung und Einwendungsbefugnis jeden Sinn verlöre. Bevor sich die Frage einer wesentlichen Belastung durch eine Zusageerteilung stellt, ist daher zu prüfen, ob dem objektiv-rechtlichen Gebot gerechter Abwägung (§ 1 Abs. 7 BBauG) und der Pflicht zur Beteiligung der Bürger (§ 2 a BBauG) tatsächlich ein subjektives Recht des einzelnen korrespondiert.

a) Das subjektiv-öffentliche Recht auf gerechte Abwägung

Soll dem Abwägungsgebot eine subjektiv-rechtliche Schutzfunktion für den einzelnen Bürger zukommen, so muß zunächst § 1 Abs. 7 BBauG zumindest auch dem Individualinteresse zu dienen bestimmt sein³⁾. Für die Annahme einer individualrechtlichen Schutzfunktion des Abwägungsgebotes spricht die maßgebende Bedeutung, die ihm angesichts der weiten planerischen Gestaltungsfreiheit für die rechtsstaatliche Planung zukommt. Eine solche Funktion läßt sich auch aufgrund der betont individualrechtlichen Ausgestaltung unseres Verfassungssystems begründen. § 1 Abs. 7 BBauG erwähnt neben öffentlichen auch private Belange, die bei der Planaufstellung gerecht abzuwägen sind. Da die Gemeinde somit ausdrücklich zur Beachtung privater Interessen verpflichtet ist, müßten angesichts der individualrechtsfreundlichen Verfassungslage schon gewichtige Gründe vorliegen, um eine individualrechtliche Schutzfunktion des Abwägungsgebotes zu verneinen. Das Abwägungsgebot umfaßt damit zumindest auch einen Schutzzweck zugunsten der von einer Planung Betroffenen.

Das BVerwG hat dem Abwägungsgebot im straßenrechtlicher Planfeststellungsverfahren eine Schutzfunktion zugunsten Betroffener zuerkannt⁴⁾, während es die Annahme einer drittschützenden Wirkung des Gebots bei der Aufstellung von Bebauungsplänen abgelehnt hat⁵⁾. Diese differenzierte Beurteilung des Gebots gerechter Abwägung begründet es

17 (1978), S. 527 ff.; ähnlich Menger, FS Werner Ernst, S. 312 ff.; vgl. Bosse, VerwVertr., S. 54; Schimpf, Vertrag, S. 202 ff.

1) So schon Redeker, DVBl. 1973, 745; m.w.N. Fiedler, ebd., S. 84 Fn. 476.

2) JuS 1981, 501.

3) Die Darstellung folgt im wesentlichen Brohm, NJW 1981, 1692.

4) BVerwG, BauR 1975, 191 (194).

5) BVerwG, DVBl. 1977, 897 (898).

damit, daß im Bauleitplanungsrecht – anders als im Fachplanungsrecht – der Plan als Rechtssatz und nicht als Verwaltungsakt erlassen wird. Das vom BVerwG¹⁾ schon früh zur verfassungsfesten Voraussetzung für den Erlaß von Planentscheidungen erarbeitete Abwägungsgebot gilt im gesamten Planungsrecht unabhängig davon, ob der Plan in der Rechtsform der Satzung oder des Verwaltungsaktes erlassen wird²⁾. Die unterschiedliche rechtliche Qualifikation des Anordnungsaktes kann daher keinen Grund darstellen, das einheitlich geltende Abwägungsgebot differierend zu bewerten³⁾.

Die Annahme eines Individualrechts bedarf jedoch nicht nur eines subjektiv zu bestimmenden Schutzzweckes des Abwägungsgebotes, sondern darüberhinaus der Bestimmbarkeit der Adressaten und des Anspruchs. Subjektiv-rechtliche Schutzfunktion kommt einer Norm daher nur zu, wenn der Kreis der durch sie Begünstigten nicht übermäßig weit, sondern individualisierbar und praktikabel abgrenzbar bleibt⁴⁾. Andernfalls würde subjektives Recht in einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch münden, der unserem Recht unbekannt ist⁵⁾. Nicht mehr praktikabel abgrenzbar wäre der Kreis Begünstigter, wenn dem Abwägungsgebot ein Recht des einzelnen auf gerechte Abwägung aller in § 1 Abs. 7 BBauG genannten Interessen entspräche. Dann könnte jeder die Begünstigung jedes Interesses bei der Abwägung verlangen; der Kreis der Berechtigten wäre dann nicht mehr individualisierbar.

Zur Auslegung des Abwägungsgebots nach § 1 Abs. 7 BBauG verbleiben damit zwei Alternativen: Entweder müssen alle privaten Interessen beachtet werden mit der Folge, daß dem Abwägungsgebot keine individualrechtliche Funktion zukommt, oder man bejaht die individualrechtliche Funktion des § 1 Abs. 7 BBauG, muß aber gleichzeitig den Kreis der Begünstigten eingrenzen⁶⁾.

Diese zweite Lösung vertritt das BVerwG⁷⁾, indem es einen Abwägungsanspruch nur dem in "rechtlich geschützten Belangen" Betroffenen zubilligt. § 1 Abs. 7 BBauG gibt danach nur einen relativen Abwägungsanspruch: Der Betroffene hat "zwar einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch darauf, daß eine gerechte Abwägung seiner eigenen Belange mit den entgegenstehenden Belangen stattfindet, er hat aber nicht auch einen Anspruch darauf, daß die Belange anderer Beteiligter gerecht abgewogen sind, oder daß etwa die Planung insgesamt und in jeder Hinsicht auf einer fehlerfreien Abwägung beruht"⁸⁾.

1) DVBl. 1967, 697; BVerwGE 34, 301 ff.

2) Redeker, NJW 1980, 1596.

3) Brohm, NJW 1981, 1693.

4) Zur Abgrenzbarkeit als Voraussetzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts BVerwGE 27, 29 (33); 28, 268 (275 f.); 32, 173 (177); 41, 58 (63); 52, 122 (129).

5) Bachof, VerwR I, § 43 I b 1 (S. 322).

6) Brohm, NJW 1981, 1693.

7) BauR 1975, 191 ff.

8) Ebd.; kritisch dazu Blümel, DVBl. 1975, 707; Schwabe, NJW 1976, 159; deren Argumentation kritisiert Weyreuther, DÖV 1977, 424 ff.; vgl. auch Wolfrum, DÖV 1981, 611.

Dem Planungsbetroffenen steht danach ein subjektiv-öffentliches Recht auf Abwägung der rechtlich geschützten eigenen Belange zu¹⁾.

b) Das subjektiv-öffentliche Recht auf Beteiligung am Verfahren

Ebenso stellt sich die Frage, ob den Verfahrensregelungen individualrechtliche Funktion zukommt, d.h. ob der Pflicht zur Beteiligung der Bürger an der Planaufstellung nach § 2a BBauG ein subjektives Recht des einzelnen auf Teilnahme korrespondiert. Das BVerfG hat das Verfahrensrecht im Mülheim-Kärlich-Beschluß²⁾ aufgewertet. Für die Betroffenen wird die Beteiligung am Verfahren, der eine subjektiv-rechtliche Bedeutung zukomme, als grundrechtsrelevant bezeichnet³⁾.

Das BVerwG sah sich durch die Entscheidung bislang nicht veranlaßt, seine vorherige Rechtsprechung aufzugeben, in der es subjektive Verfahrensrechte stets verworfen hatte⁴⁾. Auch neuerdings verneint es einen subjektiven Anspruch selbst dann, wenn die Aufstellung eines Bauungsplanes objektiv-rechtlich geboten sei⁵⁾. Das Unterlassen der Bürgerbeteiligung führe zu keiner Verletzung subjektiver Rechte. Während das BVerwG damit eine Übertragung des Mülheim-Kärlich-Beschlusses nicht nur auf das Verfahrensrecht der Bauleitplanung abgelehnt hat⁶⁾, sind in der Literatur - insbesondere von Blümel⁷⁾ und Redeker⁸⁾ - weitgehende Konsequenzen für das geltende Verfahrensrecht abgeleitet worden⁹⁾.

Bevor aus dem Beschluß des BVerfG voreilige Schlüsse gezogen werden und seine pauschale Übertragung auf das Verfahrensrecht der Bauleitplanung befürwortet wird¹⁰⁾, ist daher zu klären, worüber in dem Beschluß genau entschieden worden ist.

1) Ebenso Schmidt-Aßmann, BBauG, § 1 Rn. 338, der die ablehnende Auffassung des HessVGh, BRS 25 Nr. 13 daher für überholt hält; OVG Hamburg, NJW 1978, 658 (659); BayVGh, DÖV 1978, 766 (767 f., zu § 17 FStrG).

2) BVerfG 53, 30 ff.

3) Vgl. die Anmerkungen von Rauschnig, DVBl. 1980, 831 ff.; Weber, JZ 1980, 314 f.; Winters, DÖV 1980, 305 f. Zur Auseinandersetzung mit dem Beschluß Battis, DÖV 1981, 436 ff.; Bethge, NJW 1982, 1 ff.; Blümel, Bürgerbeteiligung, S. 29 ff.; Dolde, NVwZ 1982, 67 ff.; Ossenbühl, DÖV 1981, 1 ff.; ders., DVBl. 1981, 65 ff.; ders., NJW 1981, 375 ff.; Redeker, NJW 1980, 1596; Sellner, BauR 1980, 401 ff.; Wahl, Bürgerbeteiligung, S. 130 ff.

4) Übersicht über die Rechtsprechung des BVerwG bei Blümel, 5. DAS, S. 227, Fn. 30 ff.; ders., Bürgerbeteiligung, passim.

5) BVerwG, NVwZ 1983, 92.

6) Ebenso für andere Verfahrensrechte BVerwG, NJW 1981, 2769 (wasserrechtliche Planfeststellung, ohne Erwähnung des Mülheim-Kärlich-Beschlusses); NJW 1981, 239 (straßenrechtliche Planfeststellung); zu beiden vgl. Battis, DÖV 1981, 437 f.

7) Bürgerbeteiligung, S. 36 ff.

8) NJW 1980, 1595 ff.

9) Dazu Dolde, NVwZ 1982, 70.

10) Demgegenüber für eine Differenzierung Battis, DÖV 1981, 437 f.; offenbar auch Ossenbühl, DÖV 1981, 9; Schlichter, DVBl. 1983, 689 These IV 2.

Das BVerfG bezeichnete die Beteiligung am atomrechtlichen Genehmigungsverfahren für die Betroffenen als grundrechtsrelevant¹⁾. Prämisse dieser Aussage ist die Feststellung, daß der Gesetzgeber die Verfahrensvorschriften über die Betroffenenbeteiligung in Erfüllung seiner Schutzpflicht der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 GG erlassen habe. Den Schutzzweck des Atomgesetzes sieht das Gericht im Hinblick auf die anwohnende Bevölkerung normiert, deren "Leben und Gesundheit vor den Gefahren der Kernenergie zu schützen" vorrangige Aufgabe des Genehmigungsverfahrens sei (§ 1 Nr. 2 AtG)²⁾.

Das BVerwG³⁾ sieht hierin einen Ansatzpunkt für eine gegenüber dem Atomrecht abweichende Beurteilung der Verfahrensvorschriften des Bauleitplanungsrechts. Diese hätten keine vergleichbare Zielrichtung, da ihnen die dem Gemeinwohl dienende Aufgabe zukomme, "die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde...vorzubereiten und zu leiten" (§ 1 Abs. 1 BBauG).

Das BVerwG scheint damit dem Bundesbaugesetz jeden Schutzzweck sogar für die im Plangebiet wohnende Bevölkerung absprechen zu wollen. Dabei verschweigt es, daß die Aufstellung von Bauleitplänen zur Sicherung einer "menschenswürdigen Umwelt" beitragen und insbesondere die "Bedürfnisse der Bevölkerung" berücksichtigen soll (§ 1 Abs. 6 BBauG). Der Schutzzweck des Gesetzes für die planungsbetroffenen Bürger ergibt sich damit breits aus der Präambel⁴⁾ des Bundesbaugesetzes, er verstünde sich jedoch auch ohne ausdrückliche Normierung aus der Ratio des Gesetzes.

Eine vom Atomrecht abweichende Zielrichtung mißt das BVerwG⁵⁾ auch den Vorschriften über die Bürgerbeteiligung zu. Vor dem Mülheim-Kärlich-Beschluß des BVerfG hatte das BVerwG wiederholt entschieden⁶⁾, daß die in den Verfahrensvorschriften vorgesehene, förmliche Verfahrensbeteiligung Dritter nichts weiter sei, als ein der Verwaltung vorgeschriebenes Mittel, sich möglichst umfassend über den für die Entscheidung beachtlichen Sachverhalt zu unterrichten⁷⁾. Das Anhörungsverfahren diene nach dieser Rechtsprechung "lediglich der Erforschung der allgemeinen Anschauung und damit der Unterstützung der Behörde bei der Entschließung"⁸⁾. Diese Auffassung hat das BVerfG im Mül-

1) BVerfGE 53, 30 (65 f.).

2) BVerfGE 53, 30 (65).

3) NVwZ 1983, 92 (93).

4) Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 237.

5) NVwZ 1983, 92 (93).

6) BVerwG, DÖV 1967, 824 und 825 (beide betr. straßenrechtliche Planfeststellungsverfahren); DÖV 1967, 856 (gewerberechtliches Genehmigungsverfahren); DVBl. 1973, 217 (219 f., wasserrechtliches Bewilligungsverfahren); DÖV 1977, 209 (wasserrechtliches Planfeststellungsverfahren); NJW 1977, 2367 (2368, personenbeförderungsrechtliches Planfeststellungsverfahren).

7) BVerwG 41, 58 (63 ff.) = DVBl. 1973, 217 (219 f.); Wiedergabe in BVerfGE 53, 30 (63).

8) Kritik an dieser Rspr. bereits bei Blümel, 5. DAS, S. 227 f.; Hoppe, Rechtsschutz, 1. Aufl. 1971, S. 35 (jetzt: Hoppe/Schlarmann, Rechts-

heim-Kärlich-Beschluß zurückgewiesen¹⁾. Um so mehr muß es erstaunen, wenn das BVerwG für die Bürgerbeteiligung an der Bauleitplanung nunmehr wieder allein auf die Rationalisierungsfunktion abstellt und jede Schutzfunktion für die Betroffenen ablehnt²⁾. Die These, das Verfahren der Planaufstellung diene nicht zumindest auch dem Interesse der Betroffenen, muß jedoch seit dem Mülheim-Kärlich-Beschluß als überholt bezeichnet werden³⁾.

Bei der Beteiligung der Bürger an der Bauleitplanung geht es zumindest auch um den wirksamen und rechtzeitigen Rechtsschutz der von der Planung Betroffenen und um die Gewährung ihres rechtlichen Gehörs. Dieser Schutzzweck der Bürgerbeteiligung nach §§ 2a Abs. 6 BBauG darf nicht, wie in der Rspr. des BVerwG, völlig übergangen werden⁴⁾. Die Festsetzungen des Bebauungsplanes bestimmen maßgeblich Umfang und Inhalt des Grundeigentums im Plangebiet. Da das Planungsrecht sachliche Bewertungsmaßstäbe für die Planungsentscheidung nur bedingt vorzugeben vermag, besteht ein großes Maß sachlicher Gestaltungsfreiheit für kommunale Planungen im grundrechtsrelevanten Bereich. Eine erhöhte Bedeutung muß daher der verfahrensmäßigen Sicherung der von der Planungsentscheidung Betroffenen zugemessen werden⁵⁾. Infolge des Funktionszusammenhangs von materiellem und formellem Recht für die Planaufstellung kommt somit nicht nur dem Abwägungsgebot aus § 1 Abs. 7 BBauG⁶⁾, sondern auch der Verfahrensbeteiligung nach § 2a BBauG Schutzfunktion zugunsten der Planbetroffenen zu. Funktion ihrer Beteiligung ist es, die rechtlich geschützten privaten Belange der Betroffenen wirksam zur Geltung zu bringen⁷⁾. In einem geordneten Verfahren soll ihnen vor der Planungsentscheidung rechtliches Gehör gewährt werden⁸⁾. Den Regelungen über die förmliche Bürgerbeteiligung nach

schutz, S. 44 f.), Redeker, FS BVerwG, S. 517 f., 519 f.; vgl. dazu BVerfGE 53, 30 (64 f., 80, Sondervotum).

- 1) BVerfGE 53, 30 (62); vgl. auch Sellner, BauR 1980, 392 ff.; Wahl, Bürgerbeteiligung, S. 133.
- 2) BVerwG, NVwZ 1983, 92 (93). Schlichter (DVBl. 1983, 689 These IV 2), der die Entscheidung beim 7. Deutschen Verwaltungsrichtertag verteidigte, wurde in der Diskussion entgegengehalten, diese Rspr. beachte nicht die Bedeutung von Anhörungs- und Erörterungsterminen im Planaufstellungsverfahren; nach Jenke, DVBl. 1983, 690.
- 3) Blümel, Bürgerbeteiligung, S. 76.
- 4) Ebd., S. 26.
- 5) Nach ständiger Rspr. des BVerfG wird Grundrechtsschutz weitgehend durch die Gestaltung des Verfahrens bewirkt, so daß Grundrechte auch das Verfahren beeinflussen, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist. Zu Art. 14 Abs. 1 GG bereits BVerfGE 37, 132 (141, 148); 46, 325 (334); 49, 220 (225); hierauf bezieht sich auch BVerfGE 53, 30 (65).
- 6) Dazu bereits oben.
- 7) Degenhart, NJW 1981, 2667.
- 8) Selbst wenn rechtliches Gehör im Grundgesetz nur vor Gericht gewährleistet wird, gilt dieser elementare Grundsatz gleichermaßen für das Verwaltungsverfahren; vgl. für das Planfeststellungsverfahren § 73 VwVfG. Zum rechtlichen Gehör Blümel, Bürgerbeteiligung, S. 26; Laubinger, VerwArch. 73 (1983), S. 74; sowie Rottmann, Blümel und Wahl nach Bahr, Bürgerbeteiligung, S. 151 f., 155.

§ 2a Abs. 6 BBauG¹⁾), die im grundrechtsrelevanten Bereich ein geordnetes, effizientes Verfahren gewährleisten sollen, kommt damit materiell-grundrechtliche Schutzfunktion zu²⁾).

Der besondere Zusammenhang von Verfahrensbeteiligung und Rechtsschutz der Planbetroffenen zeigt sich ferner als Auswirkung der Rechtsprechung des BVerwG zur Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren. Das Gericht hatte im Beschluß vom 9. November 1979³⁾ die Antragsbefugnis für einen Bürger verneint, der seinen der Gemeinde nicht von selbst erkennbaren Belang im Rahmen der Bürgerbeteiligung nicht vorgebracht hatte.

Die Entscheidung führt zu einem materiellen Ausschluß verspäteter Einwendungen⁴⁾, ähnlich wie sie in fachplanungsrechtlichen Verfahren vorgesehen ist⁵⁾. Kann der Bürger seine Belange während der Öffentlichkeitsphase nicht vortragen, so kann damit zugleich seine Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 VwGO entfallen. Selbst wenn der Plan aufgrund fehlender Berücksichtigung seiner Belange abwägungsfehlerhaft ist, bleibt dem Betroffenen damit vorenthalten, die Nichtigkeitssfeststellung zu verfolgen⁶⁾. Bereits die Beteiligung am Aufstellungsverfahren sichert damit wirksam den Rechtsschutz des Bürgers vor einer ihn betreffenden Planungsentscheidung⁷⁾.

Schlichter⁸⁾ sieht in der Annahme einer Schutzfunktion der Verfahrensregelung im Bauleitplanungsrecht einen Widerspruch zu der Absicht des Gesetzgebers, Verfahrens- und Formfehlern weitgehend ihre Beachtlichkeit zu nehmen (§§ 155 a und b BBauG⁹⁾). Richtig ist, daß Fehler bei der frühzeitigen Bürgerbeteiligung keine Nichtigkeitssanktion für den Bebauungsplan auslösen¹⁰⁾. Während diesem und zahlreichen ande-

- 1) Auch für die vorgezogene Bürgerbeteiligung Battis, DÖV 1981, 438; dazu schon ders., DVBl. 1977, 163; Dolde, NJW 1980, 1660 f. Fn. 67 (gesamter § 2a BBauG).
- 2) Degenhart, NJW 1981, 2667; a.A. Ernst, Referat 49.DJT, L14.
- 3) BVerwGE 59, 87 ff.; kritisch zu der Entscheidung Brohm, NJW 1981, 1689 ff.; Grauvogel/Dürr, in: Kohlhammer Kommentar, BBauG, § 10 Rn. 21-24; Horst Müller, DÖV 1980, 220 ff.; Skouris, DVBl. 1980, 315 ff.; vgl. ferner Bettermann, DVBl. 1980, 237 ff.
- 4) Hierauf beruht die Kritik von Grauvogel/Dürr, ebd., Rn. 23, der Gesetzgeber habe diese Präklusion gerade nicht gewollt. Die Präklusion begrüßt demgegenüber Söfker, Bürgerbeteiligung, S. 106 f.
- 5) So beispielsweise § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG; § 7 Abs. 1 S. 2 AtVfV.
- 6) Dem Betroffenen werde die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Abwägung im Normenkontrollverfahren genommen; so schon die Entgegnung auf BVerwG, NVwZ 1983, 92 beim 7. Deutschen Verwaltungsrichtertag; dazu Jenke, DVBl. 1983, 690.
- 7) Die Hauptfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung liegt im wirksamen Rechtsschutz des Bürgers; dazu bereits BVerfGE 53, 30 (64) mit Hinweis auf Redeker, FS BVerwG, S. 520; Blümel, 5.DAS, S. 227 f.; Kimminich, 5.DAS, S. 266 f.
- 8) DVBl. 1983, 689 These IV 3.
- 9) Zur Verfassungsmäßigkeit der Normen vgl. Battis, DÖV 1981, 433 ff.; Grave, BauR 1980, 199 ff.; Kirchhof, NJW 1981, 2384 ff.; Schenke, VBIBW 1982, 326; Wolfrum, DÖV 1981, 610 ff. Zur verfassungskonformen Auslegung des § 155 b Abs. 2 S. 2 BBauG, s. BVerwG, BauR 1981, 535 ff.
- 10) Das entsprach bereits § 155a BBauG von 1976, wonach ein Verstoß

ren Verfahrensfehlern vom Gesetzgeber die rechtliche Relevanz abgesprochen wurde, macht § 155 a Abs. 2 BBauG aber die Rechtswirksamkeit des Bebauungsplanes davon abhängig, daß das Verfahren nach § 2 a Abs. 6 BBauG präzise eingehalten wird¹⁾. Die Annahme subjektiver Beteiligungrechte steht damit keinesfalls im Widerspruch zu § 155 a BBauG; die Norm demonstriert vielmehr den Stellenwert der förmlichen Bürgerbeteiligung nach § 2 a Abs. 6 BBauG²⁾ für das Planaufstellungsverfahren.

Bedenken gegen eine subjektiv-rechtliche Schutzfunktion der förmlichen Bürgerbeteiligung sind jedoch hinsichtlich der Bestimmbarkeit der Adressaten erhoben worden³⁾. Da der Kreis der Beteiligungsberechtigten sich auf alle Bürger erstreckt⁴⁾, stellt sich erneut das Problem der Eingrenzbarkeit der Adressaten. Praktikabel abgrenzbar ist jedoch auch hier der Kreis der durch die Planung in ihren Rechten Betroffenen⁵⁾, d.h. der Eigentümer und dinglich Berechtigten⁶⁾, denen die umschriebene Schutzfunktion zugute kommen soll⁷⁾.

Nachdem dem planungsbetroffenen Bürger somit auch ein subjektives Recht auf Mitwirkung an der Aufstellung des Bebauungsplanes zuerkannt werden muß⁸⁾, bleibt zu prüfen, ob die Bebauungsplanzusage eine wesentliche Belastung dieses Rechts darstellt.

gegen die Vorschriften der damals eingeführten, vorgezogenen Bürgerbeteiligung keine Nichtigkeit des Plans bewirkte. Fragwürdig ist es daher, wenn Battis (DÖV 1981, 438) auch in der frühen Bürgerbeteiligung ein subjektives Recht sieht.

- 1) Dazu Söfker, Bürgerbeteiligung, S. 107.
- 2) So BVerwG, NJW 1981, 594 f.
- 3) S. bereits im Vorangehenden.
- 4) Als Grund für eine Ablehnung subjektiver Rechte genannt von Finckelburg, ÖffBauR, § 9 III 1 b (S. 39) u. III 3 e (S. 42).
- 5) Nur Betroffene zu beteiligen wäre nach Blümel (Bürgerbeteiligung, S. 50 f. Fn. 163) verfassungsrechtlich zulässig. Zum Begriff des Betroffenen vgl. Nachweise bei Blümel, ebd., S. 26 Fn. 9.
- 6) Gemeint sind die in einer "Nutzungsgemeinschaft" Verbundenen (im "Planverbund").
- 7) Die Begrenzung der subjektiv-rechtlichen Funktion läßt die objektiv-rechtliche Pflicht der Gemeinde unberührt, auch nicht betroffene Bürger zu beteiligen. Zu der dogmatisch geläufigen Rechtsfigur einer Vorschrift, die als "Handlungsnorm" einen weiteren Gehalt hat denn als "Kontrollnorm" Brohm, NJW 1981, 1693 m.w. Erläuterungen.
- 8) Ebenso OVG Hamburg, VerwRspr. 28, 789 f.; 29, 822 (825 f.); dazu auch Becker, NJW 1980, 1036; Redeker, NJW 1980, 1594; ferner Battis, DÖV 1981, 438; Dolde, NJW 1980, 1660 Fn. 67; ders., NVwZ 1982, 69 f.

c) Zur Belastung der Abwägungs- und Beteiligungsrechte

Erteilt die Gemeinde noch vor Abschluß des Beteiligungs- und Abwägungsverfahrens eine bindende Zusage über die Aufstellung eines Bauabwägungsplanes, so kann die Schutzfunktion dieses Verfahrens für betroffene Bürger nicht gewährleistet werden. Würde eine definitiv bindende Zusage abgegeben, ohne zuvor Bürger und Träger öffentlicher Belange anzuhören, so unterbliebe auch bei nachfolgend durchgeführtem Beteiligungsverfahren rechtliches Gehör für die Betroffenen vor der "eigentlichen" Planungsentscheidung. Ein Bürger, der im Bewußtsein mangelnder Effektivität seiner nachträglichen Einwendung, ganz auf die Teilnahme am Verfahren verzichtete, verlöre möglicherweise sogar seine Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren. Die Gefahr, daß private, rechtlich geschützte Belange nicht in den Abwägungsvorgang eingestellt oder falsch gewichtet werden, vergrößert sich im gleichen Maße, wie sich die Chance des betroffenen Bürgers vermindert, die Abwägung gerichtlich überprüfen zu lassen.

Die Bedenken gegen bindende Vorabentscheidungen aus Betroffenen-sicht decken sich mit denen der Gemeinde unter planerischen Gesichtspunkten. Soweit eine in ihrem Bindungsumfang beschränkte Zusage der Gemeinde ihre planerische Flexibilität erhält, könnten gleichermaßen die subjektiven Rechte der Betroffenen gewahrt werden. Dann müßte die Begrenzung der Bindung an die Zusage soweit reichen, daß sie ebenso die Ausübung der Betroffenenrechte gewährleistet.

Trägt der Bürger im Rahmen seiner förmlichen Beteiligung nach § 2 a Abs. 6 BBauG einen privaten Belang vor, der zwar abwägungserheblich ist, gleichwohl bei der Zusageerteilung unberücksichtigt geblieben ist, so darf die Gemeinde nach dem vorliegend vertretenen Lösungsvorschlag an ihre Zusage nicht gebunden sein. Eine gerechte Abwägung der von einem Betroffenen im Wege nachträglicher Anhörung vorgetragenen Belange kann also durch diesen Vorschlag ebenfalls garantiert werden¹⁾. Ein darüberhinausgehendes Recht etwa auf Mitentscheidung steht dem Betroffenen ohnehin nicht zu²⁾. Der Vorbehalt unveränderter Planungskenntnisse der Gemeinde trägt damit gleichermaßen zur Gewährleistung subjektiver Rechte der betroffenen Bürger bei³⁾. Da diese bindungsreduzierte Zusage keine Beeinträchtigung der Rechte Dritter darstellt, bedarf sie keiner Ermächtigungsgrundlage.

1) Gleiches gilt für die Berücksichtigung der Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange nach § 2 Abs. 5 BBauG.

2) Blümel, 5. DAS, S. 233 m. w. N.

3) S. ferner 6. Kap. III. 1. c).

Viertes Kapitel

Die Bindungswirkung rechtmäßiger Zusagen nach Lageveränderungen

Nachdem sich die Gemeinde auf der Basis der vorangegangenen Überlegungen durch einseitige und vertragliche Zusagen zur Aufstellung eines Bebauungsplanes verpflichten kann, interessiert in diesem und dem folgenden Kapitel die Beständigkeit ihrer Leistungspflicht. Unter diesem Gesichtspunkt sind zwei Fragestellungen zu behandeln:

- Bleibt die Gemeinde zur Planaufstellung auch dann verpflichtet, wenn sie nach der Erteilung der Zusage Kenntnis von bisher nicht berücksichtigten, abwägungsrelevanten Belangen erhält?
- Wird auch durch eine rechtswidrige Zusage die Pflicht der Gemeinde zur Planaufstellung begründet?

Eine verneinende Antwort bewirkt in beiden Fällen, daß die primäre Leistungspflicht entweder fortfällt oder gar nicht zur Entstehung gelangt.

Die Terminologie zu beiden Problemkreisen ist äußerst uneinheitlich. Dabei weichen nicht nur die Begriffe für einseitige Zusagen¹⁾ von denen ab, die für öffentlich-rechtliche Verträge²⁾ entwickelt wurden. Auch die differierenden Begriffe innerhalb des Zusage⁻³⁾ und Vertragsrechts⁴⁾ bereiten zusätzliche Unsicherheiten. Die Fragestellung nach der Geltungskraft rechtswidriger, einseitiger und vertraglicher Zusagen soll nachfolgend unter dem Begriff "Wirksamkeit" abgehandelt werden⁵⁾. Mit dem Begriff "Bindungswirkung"⁶⁾ soll demgegenüber das Element der Dauer (Wirksamkeit auf Zeit), also das Problem der ersten Fragestellung erfaßt werden⁷⁾.

1) Verbindlichkeit und Bestandskraft (nach Fiedler, Funktion, S. 221 ff.).

2) Wirksamkeit und Bindungswirkung (nach Schimpf, Vertrag, S. 258).

3) Beispielsweise Gültigkeit (vgl. Bachof, VerwR I, § 50e), Beständigkeit (vgl. BVerwG 1966, 378), Verbindlichkeit (Herzig, Diss., S. 113 ff.; Müller, Diss., S. 53 ff.; Reifenrath, Diss., S. 109 ff.; Strotkamp, Diss., S. 87 ff.).

4) Statt von Wirksamkeit wird auch hier von Bestandskraft des rechtswidrigen Vertrages gesprochen; vgl. Büchner, Bestandskraft, S. 16 ff.

5) Der Begriff erscheint vorzugsweise gegenüber dem der Bestandskraft, der zum größten Teil das Problem der Unanfechtbarkeit betrifft, um das es hierbei nicht geht; vgl. Achterberg, VerwR, § 22 Rn. 37 (S. 464 f.). Zur Mehrdeutigkeit des Begriffs Bestandskraft Maurer, VerwR, § 11 Rn. 1.

Der Begriff Verbindlichkeit als Folge der Wirksamkeit der Zusage ist weiter; er umfaßt zusätzlich das Einhalten der Wirksamkeitsvoraussetzungen (S. dazu 6. Kap.).

6) So die Terminologie für einseitige Zusagen nach Pfander, Diss., S. 379 ff.; für das Vertragsrecht Achterberg, VerwR, § 20 Rn. 234 (S. 403).

7) Auch hier erscheint der Begriff der Bestandskraft (so Büchner, Bestandskraft, S. 127 ff.) unangebracht, weil es bei der Frage darum geht, ob sich die Verwaltung selbständig, d.h. ohne daß ein formel-

Infolge des dargestellten Zusammenhangs zwischen der Rechtmäßigkeit der Planungszusage und ihrer Bindungswirkung ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit es der Gemeinde gestattet ist, sich bei veränderten Planungsumständen von ihrer Zusage zu lösen. Einseitige und vertragliche Zusagen bedürfen insoweit getrennter Untersuchung.

I. Die vertragliche Zusage

Für den verwaltungsrechtlichen Vertrag ist ein Fortfall der Bindungswirkung in § 60 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG vorgesehen. Schwere Nachteile für das Gemeinwohl, die der Behörde ein Recht zur Sonderkündigung nach Satz 2 geben¹⁾, sind bei nachträglichen Änderungen der Planungsumstände in der Regel nicht gegeben²⁾. Daher konzentriert sich die Frage darauf, ob § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG, der eine für beide Parteien zumutbare Anpassung des Vertrages an geänderte Verhältnisse ermöglicht, der Gemeinde gestattet, von der vertraglichen Zusage loszukommen.

1. Die Auslegung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG

Die Norm formuliert der amtlichen Begründung³⁾ zur Folge den seit langem auch im Staats- und Völkerrecht anerkannten Grundsatz der "clausula rebus sic stantibus"⁴⁾ und das im bürgerlichen Recht ent-

ler Rechtsbehelf eingelegt wird, von ihrer Verpflichtung lösen kann; so auch Schimpf, Vertrag, S. 258.

- 1) In der Norm sieht Büchner (Bestandskraft, S. 199) eine vertragsfremde Regelung, die verfassungsrechtlich bedenklich ist. Zu Bedenken gegen die Norm bereits Bisek, Diss., S. 149 f.; Götz, JuS 1970, 5; Kottke, Diss., S. 149 f.; Redeker, DÖV 1966, 547 f.; Ule/Becker, VerwVerf., S. 70 ff.

- 2) Die Kündigung löst im übrigen einen Anspruch auf Entschädigung aus, so daß diese Lösung ohnehin nicht dem vorliegenden Bedarf einer entschädigungslosen Rückzugsmöglichkeit entspricht. Zu den entschädigungsrechtlichen Folgen der Kündigung Bonk, VwVfG, § 60 Rn. 22; Knack, VwVfG, § 60 Rn. 11; Kopp, VwVfG, § 60 Rn. 19; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 53; H. Meyer, VwVfG, § 60 Rn. 23; Wellerath, VerwR, § 8 III; Wolff, VerwR I, § 44 III d; früher bereits Beinhart, VerwArch. 55 (1964), S. 259; Eckert, DVBl. 1962, 17; Redeker, DÖV 1966, 548; Ule/Becker, VerwVerf. S. 72; kritisch Obermayer, BayVBl. 1977, 546; Schenke, JuS 1977, 290 f.

Der Gesetzgeber hat diese entschädigungsrechtlichen Folgen bewußt nicht normiert, um die Abwicklung des Ausgleichs dem Einzelfall zu überlassen; vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 82. Angesichts fehlender gesetzlicher Regelung kommt eine Entschädigung nur unter dem Gesichtspunkt der Enteignung und des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht(dazu aber jetzt BVerfGE 58,300; BVerfG, NJW 1982, 371).

- 3) BT-Drs. 7/910, S. 82.

- 4) Zum Inhalt und der historischen Entwicklung, der bereits im älteren Gemeinen Recht bekannten "clausula rebus sic stantibus" Palandt/Heinrichs, BGB, § 242 Anm. 6 A; Roth, in: Münchener Kommentar, § 242 Rn. 458.

Apelt (Vertrag, S. 220) übertrug die clausula-Lehre auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag; das BVerwG (DÖV 1956, 410) und das BVerfG (E 34, 216 ff., für staatsrechtliche Verträge) haben die clausula-Lehre aufgegriffen.

VwVfG mit einer entsprechenden Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze des "Fehlens der Geschäftsgrundlage" geholfen werden¹⁾.

Der Anpassungsanspruch kann jedoch erst geltend gemacht werden, wenn das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist, womit die wesentliche Klippe beschrieben ist²⁾. Mit dem Kriterium der Unzumutbarkeit hat der Gesetzgeber auf die zivilrechtliche Terminologie des Rechtsinstituts der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen. Während der Gebrauch dieses Begriffs (wie auch des der Wesentlichkeit) im Zivilrecht eine Folge fehlender Normierung ist, hat sich der Gesetzgeber im öffentlichen Recht damit seiner Aufgabe einer eigenen Klärung entledigt und Rechtsprechung und Lehre vor schwierige Auslegungsprobleme gestellt³⁾.

Der Forderung nach genügender Flexibilität und Lösungsmöglichkeit trägt nur eine extensive Interpretation der Unzumutbarkeit Rechnung, während eine restriktive Interpretation dem Grundsatz der Vertragstreue gerecht wird, ohne das Rechtsinstitut des Vertrages selbst in Frage zu stellen⁴⁾. Zufriedenstellende Ergebnisse hinsichtlich der Auslegung der Norm werden sich nur dann erzielen lassen, wenn man sich um die Entwicklung der Vereinheitlichung dienender Prinzipien bemüht⁵⁾.

a) Restriktive Auslegung

Geht man davon aus, daß das im bürgerlichen Recht entwickelte Rechtsinstitut vom Wegfall der Geschäftsgrundlage Eingang in die Norm gefunden hat, dann kann auch für die Auslegung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG auf die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden⁶⁾. Eine Durchbrechung des unsere Rechtsordnung beherrschenden Grundsatzes der Vertragstreue wird im Zivilrecht nur zugelassen, wenn ein Festhalten am Vertrag ein Verstoß gegen Treu und Glauben bzw. eine unzulässige Rechtsausübung wäre⁷⁾. Es muß darum gehen, untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbare Ergebnisse zu

- 1) So H. Meyer, NJW 1977, 1710; ders., VwVfG, § 60 Rn. 10 (für Analogie zum BGB mit Rechtsfolgen aus § 60 VwVfG analog); a.A. Bonk, VwVfG, § 60 Rn. 9, 12 (unmittelbare Anwendung des § 60 VwVfG). Die Frage hängt davon ab, ob man in § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG eine Normierung der Lehre von der Geschäftsgrundlage (Wegfall und Fehlen) oder der ausschließlich für nachträgliche Veränderungen entwickelten *clausula*-Lehre sieht; dazu s. oben.
- 2) H. Meyer, VwVfG, § 60 Rn. 11.
- 3) Littbarski, Wegfall, S. 34 f.
- 4) Büchner, Bestandskraft, S. 152.
- 5) Littbarski, ebd., S. 35. Der gebotenen Vereinheitlichung läuft es entgegen, wenn Bullinger (DÖV 1977, 818) für Zusageverträge - anders als für andere Vertragstypen - eine erweiterte Auslegung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG befürwortet. Im übrigen bleibt offen, wo im Wortlaut der Norm der Ansatzpunkt einer solchen Differenzierung nach Vertragstypen gesehen werden soll.
- 6) Auch das BVerwG (E 25, 299 (304)) knüpft an die im Zivilrecht gewonnenen Ergebnisse an. Ebenso Büchner, Bestandskraft, S. 151; Littbarski, Wegfall, S. 44 ff.
- 7) BVerwGE 17, 339 (341); 25, 299 (303); Knack, VwVfG, § 60 Anm. 6; Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 III (S. 366); a.A. H. Meyer, VwVfG, § 60 Rn. 11.

vermeiden¹⁾). Unzumutbar sind danach "Änderungen der Sozialexistenz"²⁾, die die "Opfergrenze" überschreiten³⁾. Hierunter versteht man Störungen, die durch Krieg, kriegsähnliche oder politische Geschehen bzw. große Naturkatastrophen eintreten und eine weitere Durchführung der ursprünglichen, vertraglichen Vereinbarung schlechthin ausgeschlossen erscheinen lassen⁴⁾. Besonderheit einer Änderung der Sozialexistenz ist, daß sie für keine der Vertragsparteien bei Vertragsabschluß voraussehbar war⁵⁾. Vorausgesehene, von den Vertragsparteien in Erwägung gezogene Änderungen begründen demgegenüber keine Unzumutbarkeit⁶⁾; gleiches gilt grundsätzlich auch für voraussehbare Entwicklungen⁷⁾.

Planung ist ihrem Wesen nach auf Veränderung und Anpassung an geänderte Einschätzungen und Umstände angewiesen, denn sowohl die faktische Entwicklung als auch die jeweiligen Zielvorgaben können anders als vorhergesehen verlaufen⁸⁾. Ebenso gut können sich bereits Fehler in die erforderliche Prognose eingeschlichen haben. Sowohl eine Änderung der Planungsverhältnisse als auch ein nachträgliches Erkennen eines bei der Prognose unberücksichtigten Belanges sind daher zwar nicht zwingend; jeder erfahrene Planer muß jedoch damit rechnen. Tritt also diese voraussehbare Änderung ein, so ist der Gemeinde ein Festhalten am Vertrag bei Auslegung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG in zivilrechtlichen Bahnen nicht unzumutbar.

Beim Zugrundelegen dieser Auslegung der Norm erweist sich die gesetzliche Ausgestaltung des Vertragsrechts als ungeeignet zur Regelung solcher Materien, bei denen die künftige Entwicklung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen prinzipiell unsicher ist⁹⁾.

b) Extensive Auslegung

Um den notwendigen vorläufigen Charakter einer vertraglichen Zusage besser zur Geltung zu bringen, ist demgegenüber vereinzelt vorgeschlagen worden, die "clausula rebus sic stantibus" in § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG großzügiger zu handhaben¹⁰⁾. Insbesondere vor der gesetzlichen Normierung wurde dem verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Berufen auf eine erweiterte clausula rebus sic stantibus eine schwächere Bindungswir-

- 1) BVerwGE 25, 299 (303); BVerfG, DÖV 1977, 60; Bonk, VwVfG, § 60 Rn. 14; Knack, ebd.
- 2) Vgl. Flume, BGB AT, S. 523 ff.; ders., FS DJT I, S. 229.
- 3) Bonk, VwVfG, § 60 Rn. 14; Palandt/Heinrichs, BGB, § 242, Anm. 6 c) dd).
- 4) Littbarski (Wegfall, S. 59) überträgt dies ohne Abstriche auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag.
- 5) Ebd., S. 45.
- 6) BGH, Betrieb 1969, 833.
- 7) BGHZ 2, 176 (188).
- 8) Vgl. 1. Kap. II 2. d).
- 9) Littbarski, Wegfall, S. 36.
- 10) Bullinger, DÖV 1977, 818; ähnlich Degenhart, BayVBl. 1979, 296; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), 167; Stettner, AöR 102 (1977), S. 571 Fn. 110.

kung zuerkannt¹⁾). Diese wurde mit den Besonderheiten des Vertrages im Verwaltungsrecht begründet, die sich zum einen aus der Bedeutung des öffentlichen Interesses²⁾ und zum anderen aus dem Bedürfnis nach Flexibilität³⁾ ergeben⁴⁾). Ob daran nach der Normierung des verwaltungsrechtlichen Vertrages noch festgehalten werden kann, ist jedoch zweifelhaft.

Der Gesetzgeber geht in § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG davon aus, "daß beide Vertragspartner grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten haben müssen, sich vom Vertrag zu lösen"⁵⁾, womit er sich der Ansicht eines solchen Vorranges nicht angeschlossen hat⁶⁾. Da er sich für ein zweiseitiges Rechtsverhältnis entschieden hat, in dem auch die Interessen des Bürgers berücksichtigt und geschützt werden⁷⁾, hat er die Konsequenz aus der Tatsache gezogen, daß sich die öffentliche Hand mit der Wahl der Vertragsform auf eine Ebene begeben hat, die durch Gleichordnung der Vertragspartner gekennzeichnet ist⁸⁾.

Die erkennbaren, öffentlichen Interessen sind zwar sowohl beim Vertragsabschluß im Rahmen des vertraglichen Interessenausgleichs⁹⁾ als auch bei der Frage der Zumutbarkeit des Festhaltens an der vertraglichen Regelung zu beachten. Wie das private Interesse und seine Beeinträchtigung für den privaten Vertragspartner, so kann auch das öffentliche Interesse für die Verwaltung zur Unzumutbarkeit führen¹⁰⁾. Eine Sonderrolle erkennt das Gesetz den öffentlichen Interessen jedoch nur dann zu, wenn schwere Nachteile für das Gemeinwohl verhindert oder beseitigt werden sollen (§ 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG), während alle unterhalb dieser Schwelle liegenden öffentlichen Interessen nicht anders zu behandeln sind als die Interessen des Bürgers¹¹⁾. An einem absoluten Vorrang öffentlicher Interessen kann somit nicht mehr festgehalten werden.

Eine erweiterte Lösungsmöglichkeit der Verwaltung wurde im öffentlichen Vertragsrecht ferner aus der notwendigen Flexibilität des Verwaltungshandelns begründet. Angesichts ihrer zukunftsbezogenen Auf-

- 1) BVerwGE 25, 299 (303); OVG Münster, OVG 16, 12 (17); 26, 131 (135); DVBl. 1975, 46 (47); Apelt, Vertrag, S. 217 f.; ders, AöR 84 (1959), S. 255; Beinhardt, VerwArch. 55 (1964), S. 259; Bisek, Diss., S. 154; Eckert, DVBl. 1962, 16 f.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 283; Kottke, Diss., S. 126; Menger, VerwArch. 52 (1961), S. 210; Pieper, DVBl. 1967, 16 f.; Tober, Diss., S. 78.
- 2) Vgl. Apelt, Vertrag, ebd.; Bisek, ebd.; Eckert, ebd.; Forsthoff, ebd.; Simons, Leistungsstörungen, S. 156 ff.; 185 f.
- 3) Bisek, ebd.; Menger, ebd.; Pieper, ebd.; Simon, ebd.; Tober, Diss., S. 133.
- 4) Dazu Büchner, Bestandskraft, S. 141.
- 5) Amtl. Begr. zu § 60 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 82.
- 6) Der viel zitierte Vorrang öffentlicher Interessen diene in der Anfangsphase der Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages dazu, die Bedenken gegen eine vertragliche Bindung der Verwaltung auszuräumen; Bullinger, DÖV 1977, 820.
- 7) Ebd.
- 8) H. Meyer, NJW 1977, 1711.
- 9) Bullinger, ebd., 820 f.
- 10) H. Meyer, ebd.
- 11) Ebd.

gabenstellung muß die moderne Verwaltung beweglich und anpassungsfähig bleiben, um auf sich wandelnde Situationen und neue Rechtslagen angepaßt reagieren zu können und damit zur Erfüllung ihrer Aufgaben in der Lage zu bleiben¹⁾). Die Notwendigkeit einer gewissen Flexibilität zwingt jedoch nicht zu dem Schluß, daß auch ein Rechtsinstitut anerkannt werden müsse, mittels dessen sich die Verwaltung von einer allzu starr empfundenen, vertraglichen Zukunftsbindung lösen kann²⁾). Die Frage ist nicht, ob die notwendige Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit der Verwaltung zu einer erleichterten Auflösung öffentlich-rechtlicher Verträge führen soll³⁾, sondern ob die Anwendung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG den richtigen Weg hierzu bietet⁴⁾. Eine verstärkte Rückzugsmöglichkeit würde eine vom Vertragspartner unkalkulierbare "stille Reserve"⁵⁾ der Verwaltung zur Bewältigung zukünftiger Konflikte darstellen.

Wenn die Verwaltung vertragliche Pflichten auf einem zukunftsgefährdeten Gebiet eingeht, so muß sie Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Flexibilität bereits im frühen Zeitpunkt, also vor oder bei Vertragsabschluß berücksichtigen⁶⁾. Statt ihr Handeln in späterer Stufe durch ein Berufen auf eine erweiterte *clausula rebus sic stantibus* zu korrigieren, muß sie bereits in diesem frühen Zeitpunkt den geeigneten Handlungstypus für die Regelungsmaterie wählen⁷⁾. Für zukunftsgefährdete Gebiete bleibt der Verwaltung die Möglichkeit, einen Widerrufsvorbehalt in die Vertragsbedingungen aufzunehmen oder die Vertragsdauer von vornherein zu befristen; notfalls muß sie auf den Abschluß eines Vertrages verzichten⁸⁾. Schließt sie jedoch einen Vertrag, so ist dieser nach dem Grundsatz der Vertragstreue von Anfang an ernst zu nehmen⁹⁾.

Möglichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Flexibilität kann zumindest zum Teil dadurch Rechnung getragen werden, daß für "schwere" Äquivalenzstörungen § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG ausnahmsweise eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue gestattet¹⁰⁾. Ferner bleibt der Verwaltung bei drohenden Nachteilen für das Gemeinwohl als "ultima ratio"¹¹⁾ ein zusätzliches Kündigungsrecht nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG.

c) Fazit

Mit der Normierung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG hat der Gesetzgeber einen Schlußstrich unter die Ansicht einer einseitigen Lösungsmöglichkeit der Verwaltung durch Berufen auf die *clausula rebus sic stantibus*

1) Tober, Diss., S. 133.

2) Fiedler, VerwArch. 67 (1976), S. 147.

3) So aber Tober, ebd.

4) Fiedler, ebd.

5) Ebd., S. 148.

6) Ebd.

7) Ebd., S. 149.

8) Littbarski, Wegfall, S. 36 f.; zum Verzicht auch Fiedler, ebd.

9) Fiedler, ebd., S. 148

10) Ebd.

11) Bonk, VwVfG, § 60 Rn. 17.

gezogen. Eine Durchbrechung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" ist, wie im Zivilrecht, nur als Ausnahmefall vorgesehen. Damit liegt zugleich eine restriktive Interpretation der Norm nach zivilrechtlichen Kategorien nahe, so daß die früher vertretene, weitgehende Beachtung öffentlicher Interessen und des Flexibilitätsbedarf der Verwaltung ausscheiden muß. Nur wenn man diese Auslegung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG zugrunde legt, wird dem Grundsatz der Vertragstreue ausreichend Rechnung getragen und das Rechtsinstitut des Vertrages nicht zugleich in Frage gestellt¹⁾. Damit weist der rechtmäßige, öffentlich-rechtliche Vertrag gegenüber dem rechtmäßigen, privatrechtlichen Vertrag einen "Bindungsgleichwert"²⁾, gegenüber dem rechtmäßigen Verwaltungsakt sogar einen "Bindungsmehrwert"³⁾ auf⁴⁾.

2. Die Konsequenz der starken Bindungswirkung des Vertrages

Dem Flexibilitätsbedarf der Regelungsmaterie im kommunalen Planaufstellungsverfahren kommt die gesetzliche Regelung des verwaltungsrechtlichen Vertrages gem. § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG nicht entgegen. Die mangelhaft provisorische Ausstattung des Vertrages im Verwaltungsverfahrensgesetz gestattet es der Gemeinde nicht, sich im Falle geänderter Planungsverhältnisse von ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Planaufstellung zu lösen. Die gesetzlichen Vertragsregelungen ermöglichen damit keinen Einsatz des Vertrages zur Regelung dieser und anderer zukunftsgefährdeten Materien⁵⁾.

Will die Gemeinde dennoch einen Bauplanungsvertrag abschließen, muß sie also ihre Verpflichtung zur Planaufstellung unter einen ausdrücklichen Vorbehalt stellen, der ihr beim Erkennen neuer, abwägungsverändernder Planungsdaten eine Lösung vom Vertrag gestattet⁶⁾. Die Voraussetzungen für das Eingreifen des Vorbehalts wären, um Rechtsstreitigkeiten nicht vorherzuprogrammieren, genau zu umschreiben⁷⁾. Infolge

1) Büchner, Bestandskraft, S. 152.

2) Büchner (ebd., S. 194) mißt ihm sogar einen "Bindungswert" zu.

3) So schon Bullinger, GS Hans Peters, S. 681; ders., DÖV 1977, 817.

4) Vgl. die für Verwaltungsakte erleichterte Möglichkeit eines Widerrufs nach § 49 Abs. 2 VwVfG und den Bindungsfortfall für Zusicherungen nach § 38 Abs. 3 VwVfG.

Der vereinzelt erwogene Rückgriff auf diese für einseitiges Verwaltungshandeln entwickelten Regeln, trüge dem "Bindungsmehrwert" einverständlichen Verwaltungshandelns keine Rechnung. § 60 VwVfG schließt diese Normen (§§ 48, 49, 51 VwVfG) daher aus; so bereits H. Meyer, NJW 1977, 1711 m.w.N.

5) Vgl. Büchner, Bestandskraft, S. 151 f.; Fiedler, VerwArch. 67 (1976), S. 151 ff.; Littbarski, Wegfall, S. 36 ff. a.A. (infolge weiter Interpretation des § 60 Abs. 1 VwVfG): Bullinger, DÖV 1977, 818; Degenhart, BayVBl. 1979, 296; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), 167, der dem Vertrag über die *clausula rebus sic stantibus* des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG eine Zukunftsoffenheit vergleichbar der Zusage bescheinigt; vgl. auch Stettner, AöR 102 (1977), S. 571 Fn. 110.

6) Ähnlich Littbarski, ebd., S. 36 (für Widerrufsvorbehalt); ebenso für einen Vorbehalt für die Planungszusage Battis, ÖffBauRoR, S. 195; Zuck, Recht, B Rn. 24 c.

7) Littbarski, ebd. Damit sich die Gemeinde nicht auf einen bereits bekannten Belang als "neu" berufen kann, wirkt es sich für den Ver-

der nicht genügend provisorisch ausgestalteten Regelungen des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts hängt damit zugleich die Rechtmäßigkeit der vertraglichen Zusage über die Bebauungsplanung von der Aufnahme dieses Vorbehalts in die Vertragsbestimmungen ab¹⁾).

II. Die einseitige Zusage

Für die einseitige Zusage stellt sich ebenso die Frage nach ihrer Bindungswirkung. Mit § 38 Abs. 3 VwVfG hat der Gesetzgeber die Zusicherung als spezielle Fallkonstellation der Zusage der amtlichen Begründung zur Folge²⁾ unter die "clausula rebus sic stantibus" gestellt, womit er die von Rspr. und Lit. bis dahin allgemein für das Recht der Zusage entwickelten, ungeschriebenen Grundsätze festschreiben wollte³⁾. Auch wenn in der hierfür angeführten Entscheidung des BVerwG⁴⁾ von der clausula nicht die Rede ist, durchzieht die Argumentation mit ihr die Rechtsprechung und Lehre zum Problem der Zusage.

1. Die Systemwidrigkeit der clausula-Lehre für einseitige Zusagen

Der BayVG⁵⁾ stellte fest, daß die rechtliche Bindung einer Behörde an ihre Inaussichtstellung unter der clausula rebus sic stantibus stehe. Sie höre auf, wenn die für die Endentscheidung "notwendigen, zunächst gegebenen und von den Behörden auch geprüften Umstände entfallen sind". Auch das OVG Lüneburg⁶⁾ betonte, daß jeder Zusicherung eine clausula rebus sic stantibus innewohne. Diesen Gedanken scheint Achterberg⁷⁾ aufzunehmen, wenn er ausführt, die Zusage stehe unter dem Vorbehalt, "daß die zugrundeliegende Sach- und Rechtslage keine Veränderung erfährt"⁸⁾. Dieser Vorbehalt wohne dem "Wesen" der Zusage inne⁹⁾.

Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus ist im Verwaltungsrecht - wie die Lehre von der Geschäftsgrundlage im Zivilrecht - dogmatisch ausschließlich auf vertragliche oder vertragsähnliche Rechtsgeschäfte fixiert¹⁰⁾. Das BVerwG¹¹⁾ hat daher nur bei Vorliegen vertraglicher

tragspartner risikovermindernd aus, wenn die bei der Zusageerteilung berücksichtigten Belange (zumindest stichwortartig) im Vertrag genannt werden.

1) Vgl. 3. Kap. I. 5. d) bb), II. 3.c).

2) BT-Drs. 7/910, S. 60.

3) Ebd., S. 59.

4) BVerwGE 20, 292.

5) DÖV 1953, 510.

6) ZBR 1956, 262 (263).

7) DÖV 1971, 400.

8) Ähnlich Helmut Müller, Diss., S. 31 (Die Zusage enthalte nach ihrem Wesen eine aufschiebende Bedingung).

9) Achterberg, ebd., Fn. 21. Zum Rückzug auf Argumentationen aus dem "Wesen" vgl. Schnapp, AöR 108 (1983), S. 138.

10) Fiedler, VerwArch. 67 (1976), S. 133 f.; ders., Funktion, S. 157 ff., 261.

11) BVerwGE 25, 299.

Fallgestaltungen mit der clausula-Lehre argumentiert¹⁾. Die Anwendung der clausula-Lehre auf die Zusage hat das OVG Lüneburg²⁾ mit der Nähe der Verbindlichkeit von Zusagen und vertraglichen Bindungen zu begründen versucht. Leichter fiel dies dem OVG Münster³⁾, da es in dem entschiedenen Fall die Zusage als Vertrag deutete.

Das Berufen auf die clausula rebus sic stantibus erscheint daher für einseitige Zusagen -mithin außerhalb vertraglicher Rechtsgeschäfte- dogmatisch verfehlt⁴⁾. Das gilt insbesondere dort, wo die Zusage als Verwaltungsakt qualifiziert wird⁵⁾, da hier bei Änderungen der Sach- und Rechtslage grundsätzlich der ausdrückliche Widerruf das vorgesehene Instrument zur Aufhebung des Hoheitsaktes ist. Selbst wenn die Anwendung der clausula auf Zusagen systemwidrig ist⁶⁾, zeigt sich hierin das dringende Bedürfnis, ihre Bindungswirkung nicht nur im Einzelfall durch Widerruf, sondern prinzipiell zu begrenzen⁷⁾.

2. Die charakteristische Vorläufigkeit der Zusage

Der Grund für diese verminderte Bindungswirkung liegt jedoch nicht in einer der Zusage "innewohnenden" clausula, sondern im funktionalen Zusammenhang zwischen der Zusage und dem zugesagten Verhalten⁸⁾. Als ein in die Zukunft gerichteter Akt⁹⁾ ergeht die Zusage vor Eintritt der gesetzlichen Entscheidungssituation und ohne Einhalten des Entscheidungsverfahrens¹⁰⁾. Da die Zusage der späteren Entscheidung final zugeordnet ist, resultiert aus der zeitlichen Vorverlagerung die besondere Anfälligkeit gegenüber Sach- und Rechtsänderungen zwischen Zusageerteilung und Schlußentscheidung¹¹⁾. Ändern sich die wesentlichen Verhältnisse nachträglich, so trägt der Fortfall der Bindungswirkung dem Umstand Rechnung, daß die rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlaß der zugesagten Maßnahme nicht mehr vorliegen. Die funktionale Betrachtung der Zusage demonstriert damit ihre spezifische "Vorherigkeit"¹²⁾, aufgrund derer sich erst die Begrenzung der Bindungswirkung rechtfertigt. Die charakteristische "Vorläufigkeit"¹³⁾, die der Zusage von vornherein anhaftet, ist damit ein Resultat der "Vor-

1) Fiedler, Funktion, S. 259, m.w.N. Fn. 13.

2) KStZ 1962, 18 ff.; dazu Fiedler, ebd., S. 264.

3) DVBl. 1973, 697.

4) Soweit die einseitige Zusage durch einige Autoren nach wie vor als "Vertrag" qualifiziert wird (vgl. Nachweise 2. Kap. I.), besteht der Verdacht, daß damit auch eine dogmatisch einwandfreie Anwendung der clausula-Lehre auf die Zusage ermöglicht werden soll.

5) Konsequenz insoweit Strotkamp (Diss., S. 150), der die Zusage als VA qualifiziert und Änderungen nach Zusageerteilung daher für unbeachtlich hält.

6) Fiedler, AöR 67 (1976), S. 137.

7) Ders., Funktion, S. 266 f.

8) Ebd., S. 269.

9) Amtl. Begr. § 38 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 60.

10) Bullinger, DÖV 1977, 814 zum Zusagevertrag.

11) Fiedler, Funktion, S. 269.

12) Ebd., S. 248, 251, 230 mit Hinweis auf OVG Münster, DÖV 1974, 31.

13) Ebd., S. 174 f., 229 ff.; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 167.

herigkeit". Über dieses Problem vermag die *clausula rebus sic stantibus* keine Aussagen zu treffen¹⁾, so daß die Auffassung einer "innewohnenden" *clausula* auf einer Fehleinschätzung beruht.

Dem Problem veränderter Sach- und Rechtslagen sind alle verwaltungsrechtlichen Entscheidungen und Maßnahmen im gleichen Umfang ausgesetzt²⁾. Während die Veränderung beim Vertrag eine beide Seiten bindende Regelung durch Willensübereinstimmung vorfindet, trifft sie bei der Zusage auf eine einseitig bindende, provisorische Regelung. Entsprechend geht es beim Vertrag darum, die vereinbarte Regelung, insbesondere das gestörte Leistungsverhältnis, an die veränderten Umstände anzupassen. Demgegenüber besteht bei der Zusage aufgrund der einseitigen Leistungspflicht weder ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Vertragstreue noch die Notwendigkeit, die Relation der Leistungen an die veränderte Wirklichkeit anzupassen. Im Gegensatz zur Situation beim Vertrag kann daher bei der Frage des Bindungsfortfalls für die Zusage auf das Erfordernis der "Unzumutbarkeit" verzichtet werden.

Ändern sich die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für den Erlaß der zugesagten Maßnahme nach Erteilung der Zusage, so endet die vorläufige Regelung durch die Zusage; die Verwaltung ist an ihr Versprechen nicht mehr gebunden. Damit entfällt die Pflicht der Gemeinde, ihre einseitige Planungszusage zu erfüllen, sobald sich die Voraussetzungen zum Erlaß des zugesagten Bebauungsplanes durch solche neuen Planungerkenntnisse ändern, die ein differierendes Abwägungsergebnis bewirken müßten. Dieser Bindungsfortfall ermöglicht ihr, die erforderliche, neue Planungskonzeption zu entwickeln. Infolge ihrer spezifischen "Vorläufigkeit" eignet sich die einseitige Zusage damit zur Regelung auch der "zukunftsgefährdenden" Materie Bauleitplanung³⁾.

3. Die Anpassungspflicht an Lageveränderungen

Da der Bindungsfortfall bei der einseitigen Zusage nicht nach den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* erfolgt, kann ebensowenig die hierzu ergangene Rechtsprechung hinsichtlich der primären Anpassungspflicht an die Verhältnisse zur Anwendung kommen⁴⁾. Gleichwohl ist nach der Rspr. des BVerfG⁵⁾ bei der Aufhebung individuell zugesagter Rechtspositionen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Gemeinde ist somit nicht davon entbunden, zunächst eine Milderung der ursprünglichen Leistungspflicht zu versuchen. Bestehen bleibt daher die Pflicht, unter Beachtung der Interessen des Zusageempfängers den

1) Fiedler, ebd., S. 268.

2) Ebd.

3) Auch Scheuing (VVdStRL 40 (1982), S. 167) attestiert der einseitigen Zusage (Zusicherung) eine "modellhafte - im einzelnen freilich variable - Zukunftsoffenheit".

4) Vgl. BVerfGE 34, 216 ff.

5) NJW 1977, 1049 (1054).

mildesten Weg zur Anpassung an Lageveränderungen zu wählen¹⁾.

An die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung kann die verminderte Verpflichtung treten, den Plan zumindest bis zur Planreife nach § 33 BBauG voranzutreiben²⁾ oder den Bebauungsplanentwurf nach Kräften zu fördern³⁾. Möglicherweise reicht es aus, das Maß oder die Intensität der zugesagten baulichen Nutzung zu reduzieren. Wird beispielsweise im Rahmen des "Ausbalancierens" die zugelassene Geschosßzahl im Plangebiet von 8 auf 4 Geschosse herabgesetzt, so verbleibt dem Bauwilligen die Möglichkeit einer (verminderten) baulichen Nutzung⁴⁾. Damit eröffnet sich eine Vielzahl möglicher Anpassungen im Einzelfall auf die Veränderung durch neue Planungserkenntnisse, die es der Gemeinde gestatten, flexibel zu reagieren und den Interessen des Zusagempfängers entgegenzukommen.

Selbst wenn jede Möglichkeit eines rechtmäßigen, alternativen Weges auf niedriger Stufe entfällt, bleiben statt der primären Erfüllungspflicht zumindest die sekundären Verhaltenspflichten⁵⁾ gegenüber dem Empfänger der Zusage erhalten. Die Gemeinde muß sich daher weiterhin konsequent verhalten⁶⁾ und die Interessen des Zusagempfängers bei ihrer Alternativplanung berücksichtigen⁷⁾.

-
- 1) Siehe auch OVG Lüneburg, NJW 1977, 773 f. (bei einseitiger Zusage erfolgt eine Anpassung an neue Sachlagen bei besonderem Vertrauen des Empfängers); Fiedler, Funktion, S. 271.
 - 2) Dazu HessVGh, Urt. v. 23.3.1982 - IX OE 53/59 (unveröff.); VG Münster, Vergleich in 2 K 1529/77, Nr.3 (unveröff.); auch BGH, NJW 1978, 1802 (1805).
 - 3) So Wortlaut des Vergleichs vor dem VG Münster, ebd., Nr.4.
 - 4) Besteht bereits ein Bebauungsplan, dessen Änderung zugesagt wurde, könnte eine Anpassung erfolgen durch die Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des bisherigen Planes oder des Einvernehmens hierzu, wenn die Gemeinde nicht selbst Genehmigungsbehörde ist; vgl. entsprechende Erwägungen bei BVerwG, NJW 1980, 2538 (2539, im konkreten Fall mangels Härte abgelehnt).
 - 5) Vgl. BGH DVBl. 1978,799; zur Umwandlung der primären Erfüllungspflicht auch BVerwGE 49, 244 (251).
 - 6) Vgl. BGH, ZfBR 1980, 209 (210); Degenhart, BayVBl. 1979, 297 m.w.N. Fn. 126.
 - 7) Vgl. BGH, NJW 1978, 1802 (1804); Degenhart, ebd.; Simons, Leistungsstörungen, S. 174 f.

Fünftes Kapitel

Die Rechtsfolgen rechtswidriger Zusagen

Zusagen sind rechtswidrig, soweit durch ihre Erteilung oder Erfüllung die Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung mißachtet werden, die ihrerseits durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gekennzeichnet sind. Diese Voraussetzungen erfüllen nach der bisherigen Untersuchung inhaltlich rechtswidrige Zusagen¹⁾ sowie vorbehaltlose, vertragliche Zusagen²⁾. Die Rechtsfolgen dieser Rechtswidrigkeit sind jedoch nicht leicht zu bestimmen, weil rechtswidrige Hoheitsakte nicht denkbare notwendig nichtig sein müssen.

I. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als Sanktionsmöglichkeiten

1. Die hergebrachte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Die Einheitlichkeit des Problems rechtswidriger Zusagen unabhängig davon, ob einseitig oder vertraglich erteilt, verdeutlicht das BVerwG mit seinem Urteil vom 14. November 1975³⁾. Damit sich die Verwaltung nicht dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit entziehen könne, sei ein Vertrag unwirksam, wenn die Leistung der Behörde nach der gegebenen Rechtslage nicht erbracht werden könne. Den Unterschied zum rechtswidrig wirksamen Verwaltungsakt begründet das Gericht damit, daß beim rechtswidrigen, verpflichtenden Vertrag der Gesetzesverstoß noch nicht eingetreten sei. Das vertragliche Leistungsversprechen gleiche nicht der Leistungsbewährung durch Verwaltungsakt, sondern weit mehr der Zusage als eines einseitigen Leistungsversprechens. Deshalb seien, "was die Rechtsfolgen der Gesetzwidrigkeit anlangt, nicht der Vertrag und der Verwaltungsakt, sondern das vertragliche Leistungsversprechen und die Zusage gleich zu behandeln"⁴⁾. Wie die rechtswidrige Zusage⁵⁾ sei somit auch der rechtswidrige Vertrag rechtsunwirksam⁶⁾.

Das Urteil stellt zu Recht die Einheitlichkeit des Problems für einseitige und vertragliche Leistungsversprechen und damit die strukturelle Vergleichbarkeit der hier untersuchten Handlungsformen heraus. Hinsichtlich der Begründung müssen jedoch Bedenken gegen das Urteil vorgebracht werden.

Unzutreffend ist die Annahme, die Behörde würde beim verpflichtenden Vertrag erst mit der Erfüllung und nicht bereits mit Abschluß des Vertrages gegen das Gesetz verstoßen⁷⁾. Ein Gesetzesverstoß liegt vielmehr

1) S. 3. Kap. I. 6.

2) S. 3. Kap. I. 5. d) bb) i. V. m. 4. Kap. I. 2.

3) BVerwG, DVBl. 1976, 217 = NJW 1976, 686 = DÖV 1976, 246 = BayVBl. 1976, 246; dazu Anm. Erichsen, VerwArch. 68 (1977), S. 65 ff.

4) BVerwG, DVBl. 1976, 217 (218)

5) Vgl. die Rspr. zu Zusagen bzw. Zusicherungen vor Inkrafttreten des VwVfG, z.B. BVerwGE 3, 199 (203); 26, 31 (49).

6) BVerwG, DVBl. 1976, 217 (218); vgl. dazu Maurer, JuS 1976, 495.

7) So auch Schimpf, Vertrag, S. 262.

bereits dann vor, wenn bestehende Rechtssätze unrichtig angewendet wurden¹⁾. Auch wenn der Gesetzesverstoß noch nicht vollzogen ist und eine Rechtsbeeinträchtigung noch nicht eingetreten ist, liegt beim gesetzwidrigen Verpflichtungsvertrag bereits mit dem Vertragsabschluß ein Verstoß durch die unrichtige Gesetzesanwendung vor²⁾. Schon der Vertrag ist rechtswidrig; andernfalls könnte er nicht - wie vom BVerwG ausgesprochen - nichtig sein³⁾.

Die Differenzierung, die das Gericht zwischen Verpflichtungsvertrag und Verwaltungsakt vornimmt, ist deshalb unzutreffend, weil beim begünstigenden, rechtswidrigen Verwaltungsakt ebenso ein Vollzug noch ausstehen kann. Ein prinzipieller Unterschied zwischen einem Verpflichtungsvertrag und einem Verwaltungsakt ist insoweit nicht zu erkennen⁴⁾.

Die Analogie zur öffentlich-rechtlichen Zusage stößt deshalb auf Bedenken, weil sie ohne dogmatisch abgesicherte Aussage zur Rechtsnatur und zum Standort der Zusage im System verwaltungsbehördlichen Handelns vorgenommen wird⁵⁾. Deutet man den Zusagevertrag - wie vom BVerwG vorgeschlagen - in einseitiges Verwaltungshandeln um, so läge heute eine Zusicherung vor, deren Beständigkeit das Verwaltungsverfahrensgesetz mit § 38 Abs. 2 nicht an die des Vertrages, sondern an die des Verwaltungsaktes geknüpft hat⁶⁾. Rechtswidrige Zusicherungen sind infolge dieser Verweisung auch bei Rechtswidrigkeit wirksam, soweit sie nicht nach § 44 VwVfG nichtig oder nach § 48 VwVfG zurückgenommen sind. Durch die mit § 38 Abs. 2 VwVfG angeordnete prinzipielle Gleichbehandlung von Zusicherung und Verwaltungsakt hat der Gesetzgeber der Argumentation des BVerwG die Grundlage entzogen⁷⁾. Zusageverträge können damit seit Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht mehr in Analogie zur rechtswidrigen Zusicherung für nichtig erklärt werden⁸⁾.

2. Die Aussage des Gesetzmäßigkeitsprinzips

Nicht zu übersehen ist jedoch der Hinweis des BVerwG auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, mit dem die Nichtigkeit einseitiger wie vertraglicher Zusagen häufig begründet wurde⁹⁾. Ohne die Folgen eines Verstoßes gegen das Vorrangprinzip aufzuzeigen, beschränkt sich das BVerwG auf den Hinweis, die Verwaltung sei über Art. 20 Abs. 3 GG "umfassend" an Gesetz und Recht gebunden¹⁰⁾. Dort, wo Gesetz und Recht entgegenstünden, ende die Wirksamkeit verwal-

1) Ebenso Büchner, Bestandskraft, S. 77.

2) Ebd.

3) Schimpf, ebd.

4) Büchner, ebd.; Schimpf, ebd.

5) Büchner, ebd., S. 75 f.

6) Erichsen, VerwArch. 68 (1977), S. 69.

7) Schimpf, ebd., S. 263: "Damit verlieren Versuche, den Vertrag speziell an die Zusage anzubinden, ihre Rechtfertigung."

8) Heberlein, Auswirkungen, S. 518.

9) Vgl. Beinhardt, VerwArch. 55 (1964), S. 254 (Nichtigkeit unmittelbar aus dem Vorrang des Gesetzes abgeleitet).

10) So schon BVerwGE 4, 111 (114); 5, 128 (131).

tungsrechtlicher Verträge¹⁾.

Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt der Verwaltung zwar ein gesetzwidriges Handeln, besagt aber nicht unmittelbar, was die Rechtsfolgen eines dennoch erfolgten rechtswidrigen Verhaltens sind²⁾. Daß die Rechtswidrigkeit nicht stets zur Nichtigkeit führt, verdeutlichen im übrigen §§ 44 ff. VwVfG. Mit der Feststellung eines Verstoßes gegen Rechtsnormen steht damit die Beantwortung der Frage aus, welche Rechtsfolgen der Verstoß auslöst³⁾.

Gegen eine grundsätzliche Nichtigkeit rechtswidriger Leistungsversprechen ist häufig mit dem Hinweis auf die Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte argumentiert worden⁴⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte durch ihre Aufhebbarkeit ermöglicht wird, mithin ein Reflex des Verfahrensrechts ist⁵⁾. Dem Gesetzmäßigkeitsprinzip kann durch Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte ausreichend Rechnung getragen werden⁶⁾. Die Argumentation mit der Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte kann daher nur dort gelten, wo Rechtsakte durch eine vergleichbare Aufhebungsmöglichkeit beseitigt werden können⁷⁾.

Die Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte ist materiell-rechtlich auch Ausdruck des Rechtssicherheitsprinzips⁸⁾. Da sich Rechtssicherheit für den Bürger primär im Vertrauensschutz niederschlägt, wird gegen eine grundsätzliche Nichtigkeit rechtswidriger Staatsakte insbesondere das Vertrauensschutzprinzip eingewendet. Das Vertrauen des Bürgers in eine rechtswidrige Zusage sei ebenso schützenswert, wie das des Bürgers in den Bestand eines ihn begünstigenden, rechtswidrigen Verwaltungsaktes⁹⁾.

Beim Verwaltungsakt wird das Vertrauensschutzproblem im Rahmen der Aufhebung gelöst. Ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, so ist er zurückzunehmen, wobei die Frage des Vertrauensschutzes nur im Einzelfall bei der Beseitigung gestellt wird. Vertrauen wird dabei im Wege eines finanziellen Ausgleichs geschützt, steht der Rücknahme im übrigen aber nicht entgegen¹⁰⁾. Insoweit kann nicht von Bestandsschutz, sondern nur von Vermögensschutz gesprochen werden¹¹⁾. Nicht das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit wird geschützt, sondern die im Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes getroffenen Dispositionen, soweit das Ge-

1) BVerwG, DVBl. 1976, 217 (218).

2) So schon Bachof, JZ 1962, 750.

3) Schimpf, Vertrag, S. 260.

4) OVG Münster, DVBl. 1973, 696 m.w.N. Bisek, Diss., S. 132; Hau-eisen, NJW 1969, 123 f.; Kotke, Diss., S. 76 ff.; Martens, AöR 89 (1964), S. 459 ff.; dazu Maurer, VerwR, § 14 Rn. 49.

5) Renck, NJW 1970, 740 f.

6) Schimpf, Vertrag, S. 265.

7) Ähnlich ebd., S. 266.

8) Renck, NJW 1970, 739.

9) Vgl. OVG Münster, DVBl. 1973, 696; Frank, DVBl. 1977, 684; Hau-eisen, NJW 1969, 123 f.; dazu Bosse, VerwVertr., S. 83; Büchner, Bestandskraft, S. 47 ff.; Schimpf, Vertrag, S. 266.

10) Erichsen/Martens, VerwR, § 18 I (S. 240).

11) Büchner, ebd., S. 48.

setzungsmäßigkeitsprinzip im Einzelfall zurücktritt¹⁾. Beim Verwaltungsakt ist der Vertrauensschutz damit Folge und nicht Voraussetzung der Rechtswirksamkeit²⁾. Würde Vertrauensschutz als verfassungsrechtlicher Topos für die Wirksamkeit rechtswidriger Staatsakte herangezogen, so würden Ursache und Wirkung verkehrt³⁾. Daher kann die Wirksamkeit rechtswidriger Zusagen nicht aus dem Vertrauensschutzgedanken begründet werden⁴⁾.

Damit spricht kein Argument gegen die grundsätzliche Nichtigkeit rechtswidriger Staatsakte, andererseits kann weder dem Gesetzmäßigkeitsprinzip noch einem anderen allgemeinen Rechtssatz eine allgemeine Nichtigkeitsanordnung entnommen werden.

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip wird die notwendige Beachtung nur dann finden, wenn zur Durchsetzung und Verwirklichung des Gesetzeswillens auch eine Möglichkeit der "rechtlichen Disziplinierung von Verwaltungsmacht"⁵⁾ zur Verfügung steht⁶⁾. Blicke die Rechtswidrigkeit für einen Teilbereich völlig sanktionslos, so käme dies einem teilweisen Dispens von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gleich⁷⁾: Die Verwaltung dürfte zwar nicht, könnte aber über das gesetzlich Gewollte hinausgehen⁸⁾.

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip will sich somit nicht auf eine Mahnung der Verwaltung zu gesetzmäßigem Handeln beschränken, es fordert vielmehr eine Sanktion für rechtswidriges Handeln⁹⁾.

Nichtigkeit ist jedoch nicht die einzig mögliche Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit¹⁰⁾. Genauso denkbar ist, daß die Unwirksamkeit durch einen Gestaltungsakt wie der Anfechtung, der Aufhebung oder der Kündigung erzielt wird¹¹⁾. Nichtigkeit wie Vernichtbarkeit sind damit ebenso geeignet, den Widerspruch verwaltungsbehördlichen Handelns mit dem Gesetz zu lösen, da in beiden Fällen eine Sanktion der Gesetzesverletzung erfolgen kann¹²⁾. Die Art der Sanktion steht jedoch im Ermessen des Gesetzgebers¹³⁾. Eine Diskussion über die gebotene Beseitigungsmöglichkeit ist daher nur dort eröffnet, wo der Gesetzgeber die Wahl der Fehlerfolge unzureichend oder gar nicht getroffen hat¹⁴⁾.

1) Schimpf, ebd., S. 268. Siehe dazu § 48 Abs. 3 VwVfG.

2) Maurer, JuS 1976, 495; folgend Büchner, ebd., S. 49.

3) Maurer, ebd.; Schenke, JuS 1977, 286; Schimpf, ebd.

4) Ebenso BVerwG, DVBl. 1976, 217 (218 f.); Bosse, VerwVertr., S. 83; Büchner, Bestandskraft, S. 50 ff.; Renck, NJW 1970, 740; Schenke, JuS 1977, 289; Schimpf, ebd., 266 ff.

5) Erichsen/Martens, VerwR, § 27 IV (S. 286).

6) Büchner, Bestandskraft, S. 46 Fn. 193.

7) Schimpf, ebd., S. 269.

8) Maurer, VerwR, § 14 Rn. 48 (S. 305).

9) Schimpf, ebd., S. 259.

10) Ebd. und S. 269; Maurer, ebd.

11) Bleckmann, VerwArch. 63 (1972), S. 436 Fn. 89; Götz, DÖV 1973, 302; vgl. auch Bachof, JZ 1962, 750.

12) Büchner, Bestandskraft, S. 54.

13) Ebd., S. 55.

14) Schimpf, Vertrag, S. 264, 270. Bleibt eine Regelung der Fehlerfolgen unzureichend, so daß rechtswidriges Verwaltungshandeln in

II. Die vertragliche Zusage

Das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht als mögliche Rechtsfolge der Fehlerhaftigkeit für verwaltungsrechtliche Verträge keine Vernichtbarkeit, sondern allein Nichtigkeit vor¹⁾. Diese Sanktion tritt jedoch nur dann ein, wenn ein besonderer Nichtigkeitsgrund des § 59 Abs. 2 VwVfG oder ein allgemeiner Nichtigkeitsgrund des § 59 Abs. 1 VwVfG gegeben ist. Für den Fall, daß ein subordinationsrechtlicher Vertrag rechtswidrig ist, ohne daß eine Konstellation des § 59 Abs. 2 VwVfG eingreift, sind Lösungen über Abs. 1 durch entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften vorgeschlagen worden. Nachdem sich die Anwendung des Unmöglichkeitrechts²⁾ als weitgehend unbrauchbar erwiesen hatte³⁾, wurde dem Weg über § 134 BGB der Vorzug eingeräumt. Dazu werden nach Bullinger⁴⁾ drei Grundauffassungen vertreten:

- Zum Teil wird der rechtswidrige Vertrag nach § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit einem extensiv interpretierten § 134 BGB für grundsätzlich nichtig erklärt. Da der rechtswidrige Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, entfalle die Leistungspflicht⁵⁾.
- Einige Autoren legen § 59 VwVfG gestützt auf die amtliche Begründung⁶⁾ so aus, daß ein subordinationsrechtlicher Vertrag außerhalb der in Abs. 2 genannten besonderen Gründe nur bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im engsten Sinne nichtig sei. Im übrigen sei der Vertrag wirksam und damit erfüllbar⁷⁾.
- Soweit § 59 VwVfG die Wirksamkeit rechtswidriger Verträge zulasse, halten andere die Norm für rechtsstaatlich bedenklich⁸⁾ und

erheblichem Umfang folgenlos bleibt, stellt sich jedoch die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit; dazu m.w.N. Büchner, ebd.

- 1) Eine Ausnahme stellt insoweit § 126 Abs. 3 LVwG Schleswig-Holstein dar, wonach die Unwirksamkeit binnen Monatsfrist seit Vertragsabschluß geltend gemacht werden kann (ähnlich einem gesetzl. Widerrufsvorbehalt). Die Regelung bleibt nachfolgend unberücksichtigt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Norm bei Götz, DÖV 1973, 301 m.w.N.
- 2) So Obermayer, BayVBl. 1977, 550; vgl. auch Bullinger, DÖV 1977, 816.
- 3) Soweit die Rechtswidrigkeit darauf beruht, daß sich die Behörde zum Erlaß eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes verpflichtet hat, liegt kein Fall anfänglicher Unmöglichkeit vor, weil der Erlaß eines Verwaltungsaktes immer möglich ist; so Obermayer, FS BayVGH, S. 284.
- 4) DÖV 1977, 815.
- 5) Vgl. Nachweise bei Bullinger, ebd., Fn. 14.
- 6) BT-Drs. 7/910, S. 81 f.
- 7) Vgl. zur Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsverträge Bonk, VwVfG, § 59, Rn. 5 ff.; Erichsen/Martens, VerwR, § 27 IV; Frank, DVBl. 1977, 687 (Fn. 46 f.); Götz, JuS 1970, 5; ders., DÖV 1973, 299; ders., NJW 1976, 1429 f.; Kopp, VwVfG, § 56 Rn. 2 f.; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 37; ders., JuS 1976, 494 f.; H. Meyer, VwVfG, § 59, Rn. 1; ders., NJW 1977, 1711 ff.; Obermayer, BayVBl. 1977, 550; Schenke, JuS 1977, 282; Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 I; so auch Arbeitskreis VI des 5. Deutschen Verwaltungsrichtertages nach B. Büchner, DVBl. 1978, 104.
- 8) Rechtsstaatliche Bedenken bei Bleckmann, VerwArch. 63 (1972), S. 437; Bosse, VerwVertr., S. 84; Büchner, Bestandskraft, S. 36 ff.;

unzulässig, da sie mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unvereinbar sei¹⁾).

Angesichts dieser divergierenden Auffassungen zur Reichweite des § 59 VwVfG stellt sich vorrangig die Frage, ob § 134 BGB überhaupt auf subordinationsrechtliche Verträge anzuwenden ist.

1. Die Anwendbarkeit des § 134 BGB auf subordinationsrechtliche Verträge

Gegen die weit verbreitete Ansicht grundsätzlicher Anwendbarkeit des § 134 BGB²⁾ im Rahmen des § 59 Abs. 1 VwVfG³⁾ wird teilweise vorgebracht, auch die amtliche Begründung habe sich hiergegen ausgesprochen⁴⁾. Danach sei zum einen zweifelhaft, "ob jede gesetzliche Regelung im Bereich der Verwaltung bereits als 'gesetzliches Verbot' im Sinne des § 134 BGB anzusehen" sei, zum anderen greife diese Norm nur ein, "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt"⁵⁾. Die einzelnen Nichtigkeitstatbestände des § 59 Abs. 2 VwVfG stellten jedoch eine solche Regelung dar⁶⁾. Die spezielleren Regeln des § 59 Abs. 2 VwVfG würden durch die Anwendung von § 134 BGB sinnlos⁷⁾.

Ericksen/Martens, VerwR, § 27 IV (S. 290); Götz, DÖV 1973, 302; ders., NJW 1976, 1429 f.; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 47 ff.; ders., JuS 1976, 495; Schenke, JuS 1977, 283 f.; s. dazu auch Schnapp, AöR 108 (1983), S. 137.

- 1) Soweit die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, sondern auch aus Art. 19 Abs. 4 GG oder dem verfassungsrechtlich garantierten Folgebeseitigungsanspruch erhoben werden, betreffen sie zum Teil nur die rechtswidrige vertragliche Verpflichtung des Bürgers, die vorliegend außer Betracht bleibt.
- 2) Für eine (teilweise eingeschränkte) Anwendbarkeit Bachof, VerwR I, § 44 II e 1 (S. 249); Bonk, VwVfG, § 59 Rn. 28 ff.; Ericksen, VerwArch. 68 (1977), S. 69; Ericksen/Martens, VerwR, § 27 IV (S. 288); Knack, VwVfG, § 59 Rn. 3.1.; Kopp, VwVfG, § 59 Rn. 6 f.; Maurer, JuS 1976, 495; H. Meyer, VwVfG, § 59 Rn. 7 f.; H.J. Müller, Verw. 1977, 522 ff.; v. Mutius, Jura Heft 10, KKÖR, § 59 VwVfG Nr. 1; Petersmann, DVBl. 1978, 825; Schapals, BWVPr. 1978, 76; Schenke, JuS 1977, 288 f.; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 166; Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 II 4 (S. 352 ff.); Weides, JuS 1978, 847; Weiß, Diss., S. 70 ff.; Weyreuther, FS W. Reimers, S. 383; differenzierend: Maurer, VerwR, § 14 Rn. 42 f.; Obermayer, FS BayVGh, S. 281 f.
- 3) Anders wollen Kessler/Kortmann (DVBl. 1977, 692) § 134 über § 62 S. 2 VwVfG anwenden.
- 4) Vgl. insbes. Bonk nach B. Büchner, DVBl. 1978, 104.
- 5) Amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 81.
- 6) Vgl. § 134 BGB und § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Dazu Thieme, NJW 1974, 2203.
- 7) Götz, DÖV 1973, 299 (Sperrwirkung des § 59 Abs. 2 VwVfG); ders., NJW 1976, 1430 Fn. 38. Ähnlich will Heberlein (Auswirkungen, S. 541 ff., 630) § 134 BGB ausschließen, weil der Anwendungsbereich des § 59 Abs. 2 VwVfG noch nicht abschließend geklärt sei. Ablehnend auch Büchner, Bestandskraft, S. 24 ff.; Waldhausen, VwVfG, Erl. zu § 59; Bedenken bei Braun/ v. Rotberg, VwVfG, § 59 Rn. 4; Bullinger, DÖV 1977, 815.

Vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes war die Anwendung des § 134 BGB als allgemeiner Rechtsgedanke im öffentlichen Recht auch auf rechtswidrige Verwaltungsverträge unumstritten¹⁾. Hätte der Gesetzgeber damit brechen wollen, so hätte es seines ausdrücklichen Votums, nicht nur eines Hinweises in der Begründung bedurft²⁾. Indem § 59 Abs. 1 VwVfG grundsätzlich auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches verweist, gibt das Gesetz für einen möglichen Ausschluß des § 134 BGB jedoch keinen Fingerzeig.

Darüberhinaus vermögen auch die in der Begründung vorgetragenen Argumente nicht zu überzeugen³⁾. Zum einen ist noch vor der konkreten Feststellung eines gesetzlichen Verbots die vorrangige Frage zu beantworten, ob § 134 BGB anwendbar ist⁴⁾. Zweifel über das Vorliegen eines Anwendungsfalles der Norm können daher kein Argument für die primäre Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Norm liefern⁵⁾. Genauso wenig gegen die Anwendbarkeit spricht daher der Einwand, das Verwaltungsrecht enthalte im allgemeinen keine ausdrücklichen Verbotsgesetze⁶⁾. Ein gesetzliches Verbot muß nicht ausdrücklich ausgesprochen werden⁷⁾; es kann sich vielmehr im öffentlichen Recht wie im Zivilrecht durch Auslegung der rechtswidrigkeitsbegründenden Norm ergeben⁸⁾.

Eine entgegenstehende Regelung i.S.d. § 134 BGB, auf welche die amtliche Begründung zum anderen hinweist, wäre dann anzunehmen, wenn eine Norm im Falle eines gesetzlichen Verbots keine Nichtigkeit anordnet. Dieser Anforderung entspräche § 59 Abs. 2 VwVfG nur dann, wenn ihr die Aussage zu entnehmen wäre, daß keine Nichtigkeit außerhalb der

1) RGZ 134, 162 (167); BGH, DVBl. 1967, 36 (37); BSGE 14, 104 (108); dazu Hauelsen, DVBl. 1968, 287 m.w.N.; Schenke, JuS 1977, 288 m.w.N. Fn. 91; Weyreuther, FS W. Reimers, S. 383 m.w.N. Fn. 27.

2) Weyreuther, ebd.; ebenso Heberlein, Auswirkungen, S. 540 f.; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 57; Schenke, JuS 1977, 288.

Selbst wenn der Gesetzgeber die Absicht hatte, die Anwendbarkeit des § 134 BGB für subordinationsrechtliche Verträge auszuschließen, hindert dies allein noch nicht, die Norm dennoch anzuwenden. Maßgebend ist nicht der subjektive, sondern der objektive Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus Wortlaut und Sinnzusammenhang des § 59 VwVfG ergibt; so schon Büchner, Bestandskraft, S. 22.

3) Bachof, VerwR I, § 44 II e (S. 349). Gegen eine Überinterpretation der amtl. Begr. auch Gusy, DVBl. 1983, 1227.

4) Schimpf, Vertrag, S. 284.

5) Dadurch wird die Anwendbarkeit des § 134 BGB bereits impliziert; so Gusy, DVBl. 1983, 1227. Auslegungsprobleme hinsichtlich § 134 BGB lassen sich im übrigen, wie die Rspr. zeigt, bewältigen; Bachof, VerwR I, § 44 II e (S. 349).

6) So Götz, DÖV 1973, 299; ders., NJW 1976, 1430 Fn. 38; Thieme, NJW 1974, 2203.

7) H. Meyer, VwVfG, § 59 Rn. 21; Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 II 4 (S. 354).

8) Zum Zivilrecht Kramer, Diss., passim; zum öffentl. Recht. BVerwGE 8, 329 (332).

genannten Tatbestände eintreten soll¹⁾). Bereits die Existenz des § 59 Abs. 1 VwVfG, der andere Nichtigkeitstatbestände nennt²⁾, zeigt jedoch, daß § 59 Abs. 2 VwVfG keine abschließende Regelung der Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge enthalten kann³⁾. Da sich somit aus Abs. 2 nicht "ein anderes" ergibt, scheitert auch das Berufen auf den 2. Halbs. des § 134 BGB als Argument eines Ausschlusses dieser Norm im Rahmen des § 59 Abs. 1 VwVfG⁴⁾.

Die Anwendung des § 134 BGB könnte entfallen, wenn § 59 Abs. 2 VwVfG die speziellere Norm darstellen würde. Voraussetzung dafür wäre, daß alle Nichtigkeitsgründe des Abs. 2 einen Fall der Verletzung von Verbotsvorschriften regelten. Nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG genügt jedoch die Nichtigkeit eines inhaltsentsprechenden Verwaltungsaktes, obwohl diese auch ohne einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz eintreten kann. Ferner spricht § 59 Abs. 2 VwVfG den Fall des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nicht ausdrücklich an. Mangels Spezialität des § 59 Abs. 2 VwVfG ist die Anwendung des § 134 BGB daher nicht ausgeschlossen⁵⁾.

Durch die Anwendung des § 134 BGB werden allerdings Befürchtungen genährt, der differenzierte Katalog des § 59 Abs. 2 VwVfG werde so aus den Angeln gehoben, da rechtswidrige Verträge dann stets nichtig seien⁶⁾. Da jedoch nicht jeder Verstoß gegen eine zwingende Rechtsvorschrift identisch ist mit einem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz⁷⁾, besteht diese Annahme zu Unrecht. Gerade weil nicht jeder Gesetzesverstoß den Vertrag über § 134 BGB nichtig macht⁸⁾, lassen sich durch Anwendung der Norm differenzierende Regelungen der Nichtigkeit erzie-

1) Schimpf, Vertrag, S. 284.

2) Weitere Nichtigkeitsgründe ergeben sich aus § 59 Abs. 1 VwVfG durch die entsprechende Anwendung der §§ 105, 116 S. 2, 117 BGB (vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 81). Für anwendbar gehalten werden auch §§ 108 Abs. 1, 118, 119 ff., 125, 138, 179; vgl. dazu BayVGH, NJW 1978, 2410 (2412); Erichsen/Martens, VerwR, § 27 IV; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 51; ders. JuS 1976, 494; Schimpf, Vertrag, S. 291, 293 ff.

3) Gegen eine abschließende Regelung der Nichtigkeit durch § 59 Abs. 2 VwVfG spricht auch der Wortlaut der Norm, wonach Nichtigkeit "ferner" eintritt; so Heberlein, Auswirkungen, S. 540; Schenke, JuS 1977, 288; Weyreuther, FS W. Reimers, S. 384. Daß neben der sprachlichen Anknüpfung damit eine Aussage getroffen wird, bestreitet Schimpf, Vertrag, S. 285 Fn. 104.

4) Weyreuther, ebd.

5) So bereits Schimpf, Vertrag, S. 285; Weyreuther, ebd.; vgl. auch Bachof, VerwR I, § 44 II e (S. 349); Maurer, JuS 1976, 495.

6) Vgl. Götz, DÖV 1973, 299; ders., NJW 1976, 1430 Fn. 38; Göldner, JZ 1976, 357.

7) Für viele Bisek, Diss., S. 66, 130; Büchner, Bestandskraft, S. 24 m.w.N. Fn. 88; Heberlein, Auswirkungen, S. 494 m.w.N.; Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 57 m.w.N.; Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 II 4 (S. 353); zur früheren Gegenauffassung s. Nachweise bei Büchner, ebd., S. 69 Fn. 283.

8) Heberlein, Auswirkungen, H. Meyer, VwVfG, § 59 Rn. 7 S. 494, Schenke, JuS 1977, 289 f.,

ten¹⁾. Im übrigen lassen sich bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des § 134 BGB die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 59 VwVfG teilweise auffangen²⁾.

2. Kriterien zur Annahme eines gesetzlichen Verbots i.S.d. § 134 BGB

Mit der Feststellung fehlender Ausschließbarkeit des § 134 BGB ist jedoch noch keine Aussage über das Vorliegen eines Verbotsgesetzes gemacht³⁾. Hier liegen die eigentlichen Schwierigkeiten der Anwendung des § 134 BGB⁴⁾, denn es fehlen klare Abgrenzungskriterien sowohl für das Vorliegen eines gesetzlichen Verbots als auch für die Rechtsfolgen des Verstoßes⁵⁾.

§ 134 BGB setzt zunächst ein Verbotsgesetz voraus, ohne daß die Norm selbst ausspricht, wann ein solches Verbotsgesetz vorliegt.

Im Zivilrecht ist nicht das Gesetz der Maßstab des Handelns, es bezeichnet vielmehr nur die Grenze des grundsätzlich Erlaubten zum Verbotenen⁶⁾. Demgegenüber verbietet der Vorrang des Gesetzes im öffentlichen Recht solche Rechtsakte, die der gesetzlichen Regelung entgegenstehen⁷⁾ und der Vorbehalt des Gesetzes wesentliche Beeinträchtigungen ohne gesetzliche Ermächtigung. Eine der Privatautonomie entsprechende generelle Autonomie fehlt somit im öffentlichen Recht⁸⁾. Da die Grenzen zwischen dem Erlaubten und dem Verbotenen in beiden Rechtsgebieten nicht gleichermaßen verlaufen, können die im Zivilrecht entwickelten Abgrenzungskriterien zur Annahme eines Verbotsgesetzes nur mit Vorsicht auf das öffentliche Recht übertragen werden⁹⁾.

1) Krebs, ebd. Dazu kann auch die im Zivilrecht geläufige, eingeschränkte Anwendung des § 134 BGB beitragen; so Heberlein, ebd., S. 539.

2) Krebs, ebd.; Maurer, JuS 1976, 495; Schimpf, Vertrag, S. 285. Scheuing (VVDStRL 40 (1982), S. 166 Fn. 47) sieht dieses Verständnis als verfassungsrechtlich geboten an, da andernfalls das Gesetzmäßigkeitsprinzip zu pauschal zurückgesetzt werde. Eine solche Zurücksetzung ließe sich infolge des Verfassungsgrades des Prinzips nicht durch einfache gesetzliche Anordnung rechtfertigen.

Für im Ergebnis verfassungsrechtlich unbedenklich halten § 59 VwVfG Bonk, VwVfG, § 59 Rn. 6; Frank, DVBl. 1977, 625 f.; Knack, VwVfG, § 59 Rn. 1.1.; H. Meyer, NJW 1977, 1707 Fn. 29; ders., VwVfG, § 59 Rn. 3 ff.; Obermayer, FS BayVGH, S. 279 f.; Schleicher, DÖV 1976, 554 f.

3) Schimpf, ebd., S. 286.

4) Heberlein, Auswirkungen, S. 541.

5) Vgl. Gusy, DVBl. 1983, 1227; Kramer, Diss., S. 36 ff. sowie passim: Weyreuther, FS W. Reimers, S. 296 (Allgemeine Auslegungsrichtlinien gibt es nicht).

6) Thieme, NJW 1974, 2203.

7) Rupp, FS BVerwG, S. 547 ff.

8) Schimpf, Vertrag, S. 286.

9) Vor einer "undifferenzierten Übernahme angeblich apriorisch zivilrechtlicher Regelungen" in das Verwaltungsrecht warnt Krause, JuS 1972, 426 f.; ders., VerwArch. 61 (1970), S. 391 ff.; i.d.S. auch Heberlein, Auswirkungen, S. 499; Schimpf, ebd.

Eine tendenzielle Übertragung der Grundsätze auch auf das VwVfG befürwortet dagegen Bonk, VwVfG, § 59 Rn. 30. Zivilrechtliche Er-

Sofern eine Einzelnorm als Verbotsgesetz qualifiziert werden kann, sagt § 134 BGB ebenso wenig, ob das Verbotsgesetz die Sanktion der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts verlangt; maßgeblich ist vielmehr die Rechtsfolgenbestimmung des jeweiligen Verbotsgesetzes im Einzelfall¹⁾. Dafür, daß ein Verbotsgesetz die Nichtigkeit eines zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfts verlangt, ergibt sich aus § 134 BGB weder eine Vermutung noch eine Interpretationsregel, nach der "im Zweifel" von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen wäre²⁾. Falsch ist jedenfalls der Eindruck, der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führe gleichsam automatisch zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts³⁾. Ist die Nichtigkeit nicht ausdrücklich als Rechtsfolge angeordnet, so muß durch Auslegung⁴⁾ des jeweiligen Verbots bestimmt werden, ob das Rechtsgeschäft nichtig sein soll⁵⁾.

Selbst wenn damit grundsätzlich zwei Fragen zu untersuchen sind, kann die Feststellung eines gesetzlichen Verbots nicht völlig von der Feststellung der Rechtsfolge des Verstoßes gegen dieses getrennt werden. Die Überschneidungszone ergibt sich daraus, daß bei der jeweiligen Norm zu prüfen ist, ob sich nicht bezüglich der Nichtigkeit "ein anderes" ergibt. Insbesondere angesichts des Mangels ausdrücklicher Verbote und Rechtsfolgenanordnungen, wie dies im öffentlichen Recht die Regel ist, empfiehlt es sich daher, beide Fragen gemeinsam zu beantworten⁶⁾.

Aus dem Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Aussagen resultiert ferner die Notwendigkeit, die jeweilige Normierung im Einzelfall auszulegen. Über die Eignung der vorgeschlagenen Kriterien zur Auslegung einer Norm als Verbot mit Nichtigkeitsfolge konnte bislang keine Einhelligkeit erzielt werden⁷⁾. Als gesicherte Erkenntnis ist jedoch anzusehen, daß eine kollidierende Rechtsnorm nicht nur die Modalitäten, sondern die Herbeiführung des rechtlichen Erfolges eines Rechtsgeschäfts selbst mißbilligen muß, wenn in ihr eine nichtigkeitsbegründende Rechtsnorm i.S.d. § 134 BGB gesehen werden soll⁸⁾. Danach genügt nicht die bloße

kenntnisse "transponiert" auch Krebs (VerwArch. 72 (1981), S. 58) ohne weiteres auf das öff. Vertragsrecht.

1) Kramer, Diss., S. 13 f.; Krebs, ebd.

2) Kramer, ebd., S. 14 m.w.N. Fn. 1.

3) Larenz, BGB AT, § 22 II (S. 418); ebenso Heberlein, Auswirkungen, S. 497.

4) Dazu Kramer, ebd., S. 7 m.w.N. Fn. 3.

5) Ebd., S. 11 m.w.N. Fn. 2.

6) Der Gedanke folgt Schimpf, Vertrag, S. 289.

7) Als maßgebliche Kriterien wurden vorgeschlagen der Wortlaut der Rechtsnorm, die Evidenz und Schwere des Rechtsverstoßes, der Sinn und Zweck der die Rechtswidrigkeit begründenden Rechtsnorm, das im Einzelfall bestehende öffentliche Interesse an der Erhaltung der durch das Rechtsgeschäft verletzten Rechtsordnung, die Mißbilligung des durch das Rechtsgeschäft intendierten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolges, soweit nicht nur die Modalitäten des Rechtsgeschäfts betroffen sind. Siehe Darstellung bei Maurer, VerwR, § 14 Rn. 42.

8) Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 58; so bereits Frank, DVBl. 1977, 683; Kottke, Diss., S. 82. Diesem Abgrenzungskriterium kommt nach Schimpf (Vertrag, S. 288) nur wenig Aussagekraft zu.

Mißbilligung des Rechtsgeschäfts selbst, die mit seiner Bewertung als rechtswidrig zum Ausdruck kommt; zur Mißbilligung und damit zur Rechtswidrigkeit muß vielmehr das Verhindernwollen durch das gesetzliche Verbot hinzutreten¹⁾. Ob eine Norm einen bestimmten Erfolg verhindern will, läßt sich durch Rückgriff auf den Schutzzweck der Norm bestimmen²⁾. Die Annahme der Nichtigkeit ist also damit zu begründen, daß der Schutzzweck des gesetzlichen Verbots diese Folge fordert³⁾. Soll ein bestimmter Erfolg verhindert werden, ist zu prüfen, ob dieser Zweck dadurch erreicht wird, daß das verbotswidrige Rechtsgeschäft nicht zustande kommt⁴⁾.

3. Die vorbehaltlose Zusage

Die Verfahrensvorschriften des Bundesbaugesetzes, insbesondere § 1 Abs. 7 BBauG, sollen gewährleisten, "daß die weitgehend in die planerische Gestaltungsfreiheit der Gemeinde gestellte Bebauungsplanung den rechtsstaatlichen (Minimal-) Anforderungen einer angemessenen Abwägung...gerecht wird"⁵⁾. Ihr Schutzzweck ist somit die Sicherung einer freien, weitgehend ungebundenen Abwägung, um eine optimale Planungsentscheidung zu garantieren. Wird die Gemeinde durch eine vorbehaltlos erteilte, vertragliche Zusage bereits vorzeitig definitiv gebunden, fragt sich, ob dieser Schutzzweck noch erreicht werden kann.

Da das Vertragsrecht keine Möglichkeit der Rücknahme einräumt, bliebe die Gemeinde auch aus einer rechtswidrigen, vertraglichen Zusage zur Leistung verpflichtet. Eine definitive Leistungspflicht gestattet es der Gemeinde nicht, neue Erkenntnisse zu berücksichtigen und ein mögliches Abwägungsdefizit zu heilen. Die abschließende Abwägung beim Satzungsbeschluß reduziert sich notwendig auf eine Wiederholung des Zusageinhalts. Um den Schutzzweck des § 1 Abs. 7 BBauG zu erreichen, genügt deshalb die Annahme bloßer Rechtswidrigkeit nicht, vielmehr will die Norm jede definitive Leistungspflicht verhindern. § 1 Abs. 7 BBauG wendet sich somit nicht nur gegen die Modalitäten, sondern gegen den Erfolg der vorbehaltlosen, vertraglichen Zusage⁶⁾. Da der Schutzzweck der Norm nur bei Nichtigkeit der Zusage erreichbar ist,

1) Schimpf, ebd., S. 289.

2) So BGH, NJW 1978, 1970 (1971), der darauf abstellt, wer Adressat des Verbotsgesetzes ist. Richtet er sich an beide Vertragsparteien, so ist regelmäßig von der Rechtsfolge der Nichtigkeit auszugehen, während in der Regel keine Nichtigkeit anzunehmen ist bei einem Verbot gegenüber nur einer Partei. Auch in diesem Fall handelt es sich jedoch um keine allgemeine Regel, die den Rückgriff auf Sinn und Zweck der verletzten Verbotsnorm entbehrlich macht; BGH, NJW 1981, 399 f.; NJW 1969, 661. Danach ist letztlich wieder der Zweck der Norm maßgeblich.

3) Kramer, Diss., S. 21 ff., 41, 72 ff., 143.

4) Ebd., S. 72. Das wird umso weniger der Fall sein, je gravierender die Folgen für die Vertragspartner und die Allgemeinheit sind.

5) BVerwG, NJW 1980, 2538 (2539).

6) So für den Planungsvertrag auch Krebs, VerwArch. 72 (1981), S. 58, der Nichtigkeit aus § 59 Abs. 1 VwVfG annimmt.

muß in § 1 Abs. 7 BBauG eine Verbotsnorm¹⁾ mit Nichtigkeitsfolge i.S.d. § 134 BGB gesehen werden, so daß der vorbehaltlose Zusagevertrag nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB als nichtig anzusehen ist²⁾.

4. Die inhaltlich rechtswidrige Zusage

Für eine vertragliche Zusage, die infolge mangelnder Rechtmäßigkeit der zugesagten Maßnahme rechtswidrig ist, könnte sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit über § 59 Abs. 1 VwVfG aus § 134 BGB wie auch aus § 306 BGB ergeben³⁾. § 306 BGB betrifft die anfängliche, objektive Unmöglichkeit, die grundsätzlich auch auf Rechtsgründen beruhen kann⁴⁾. Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot überschneiden sich zum großen Teil⁵⁾, weil die rechtliche Erfüllungsunmöglichkeit (mit Nichtigkeitsfolge nach § 306 BGB) zugleich ein gesetzliches Verbot für das Rechtsgeschäft darstellt⁶⁾. Da auch die Rechtsfolgen der §§ 134 und 306 BGB durch § 309 BGB gleichgestellt sind⁷⁾, kann für die rechtliche Unmöglichkeit von einer parallelen Geltung beider Normen ausgegangen werden⁸⁾.

Auch gegen die Anwendbarkeit des § 306 BGB auf subordinationsrechtliche Verträge ist der Einwand erhoben worden, damit werde eine Spezialregelung nach § 59 Abs. 2 VwVfG umgangen⁹⁾. Da § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 5 oder Abs. 1 VwVfG jedoch nicht alle Fallgestaltungen der rechtlichen Unmöglichkeit erfaßt, kann die Anwendung des

- 1) Ein Bindungsverbot entnimmt auch Glanegger (Diss., S. 118) der Norm (jedoch mit falschem Schluß auf ein Vertragsformverbot; s. 2. Kap. V. 3. b).
- 2) Ebenfalls für Nichtigkeit aus § 134 BGB OVG Lüneburg, DVBl. 1976, 178; HessVGH, Urt. v. 23.3.1982-IX OE 53/79 (unveröff.); Papier, JuS 1981, 501; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 166. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses untermauert Papier (ebd.) mit Hinweis auf § 58 Abs. 1 VwVfG, wonach ein Vertrag aufschiebend bedingt unwirksam ist, wenn ihm die Zustimmung eines Dritten fehlt, in dessen Rechte eingegriffen wird. Da der vorbehaltlose Vertrag in das Recht der betroffenen Bürger auf Abwägung ihrer Belange und Verfahrensteilhabe eingreift (s. 3. Kap. II. 3. c), sei er ohne deren Zustimmung schon nach § 58 Abs. 1 VwVfG unwirksam. Dazu ausführlich 6. Kap. III. 1. b) c).
- 3) Die Anwendung des § 306 BGB ist ebenso über § 62 S. 2 VwVfG möglich; so H. Meyer, NJW 1977, 1711.
- 4) Kottke, Diss., S. 84 m.w.N. Fn. 28; ebenso Knack, VwVfG, § 59 Rn. 3.3; eingeschränkt Kopp, VwVfG, § 59 Rn. 11.
- 5) Knack, ebd., Kottke, ebd.; Schimpf, Vertrag, S. 292.
- 6) Der Anwendungsbereich der §§ 306, 314 BGB zueinander ist nicht abschließend geklärt. Während Heberlein (Auswirkungen, S. 562 m.w.N. Fn. 5) den Anwendungsbereich des § 306 BGB für weiter hält, greift nach Kottke (ebd., m.w.N. Fn. 29) § 134 BGB weiter, da hiervon auch Verträge betroffen seien, bei denen sich das Verbot nicht gegen die Leistung, sondern gegen den Vertragsabschluß als solchen wende.
- 7) In beiden Fällen ergeben sich die Rechtsfolgen aus § 307 BGB.
- 8) So Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, S. 21 m.w.N. Fn. 37.
- 9) Henke, Recht der Wirtschaftssubvention, S. 282; ähnlich Heberlein, Auswirkungen, S. 563.

§ 306 BGB im Rahmen des § 59 Abs. 1 VwVfG ebenso wenig ausgeschlossen werden¹⁾.

Rechtlich unmöglich ist die Erfüllung einer Leistungspflicht nicht schon dann, wenn sie nach der Rechtsordnung nicht erbracht werden darf, sondern erst, wenn sie rechtlich nicht erbracht werden kann²⁾. Kann die Leistung zwar nicht rechtmäßig, aber wirksam erbracht werden, so liegt demnach kein Fall der Unmöglichkeit vor³⁾. Kriterium der Unmöglichkeit ist daher, daß die Rechtsordnung den Rechtserfolg verhindern will oder der Leistung ihre rechtliche Wirksamkeit abspricht⁴⁾. Soweit die vertraglich zugesagte Leistung in einem Verwaltungsakt besteht, der trotz Rechtswidrigkeit wirksam ist, liegt also kein Fall rechtlicher Unmöglichkeit vor⁵⁾.

Anders als bei einem zugesagten Verwaltungsakt ist die Lage, wenn die rechtswidrige Erfüllungshandlung im Erlaß eines Bebauungsplanes besteht. Infolge seines formellen Normcharakters ist der rechtswidrige Bebauungsplan - wie jede gegen höherrangiges Recht verstoßene Norm - ipso iure nichtig⁶⁾, ohne daß es einer konstitutiven Aufhebungserklärung durch ein Gericht bedarf⁷⁾. Die Rechtsordnung spricht damit dem rechtswidrigen Bebauungsplan die Wirksamkeit ab, womit sein Erlaß auf der Grundlage der rechtswidrigen, vertraglichen Zusage rechtlich unmöglich ist⁸⁾.

Da die Leistungserbringung nicht nur der zusagenden Gemeinde, sondern auch jedem Dritten unmöglich ist⁹⁾, liegt in den Kategorien des Ver-

1) Schimpf, Vertrag, S. 291 f. (§ 44 VwVfG erfasse "nur einen schmalen Ausschnitt denkbarer Fälle").

2) OVG Münster, DVBl. 1973, 696 m.w.N.; Henke, Recht der Wirtschaftssubvention, S. 308; Schimpf, ebd., S. 292.

3) Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 II.6.

4) Schimpf, ebd., S. 292 f.

Mit dem "Verhindernwollen des Rechtserfolgs" ist das gleiche Kriterium zur Beurteilung einer rechtlichen Unmöglichkeit genannt, das bereits zur Auslegung des § 134 BGB herangezogen wurde. Auch insoweit liegt eine Parallelität vor.

5) Für diese Konstellation erweist sich das Unmöglichkeitsrecht als unbrauchbar; Nichtigkeit läßt sich hier nur über § 134 BGB herleiten.

6) Eine gegen höherrangiges Recht verstoßende Norm (bzw. ein Hoheitsakt in Form einer Rechtsnorm) ist nach überwiegender deutscher Staatsrechtslehre nichtig; vgl. Nachweise bei Moench, Verfassungswidriges Gesetz, S. 11 Fn. 1, 3.

Zu einem sich allmählich anbahnenden Wandel vgl. Chr. Böckenförde, Nichtigkeit, passim; Jörn Ipsen, Rechtsfolgen, S. 75 ff. m.w.N.; Moench, ebd., S. 114 ff.; Lorenz, DVBl. 1971, 168 m.w.N. Fn. 50, 53; ders., Rechtsschutz, S. 135 Fn. 14; Pestalozza, AöR 96 (1971), S. 54; Söhn, Anwendungspflicht, S. 34 ff.

7) Die Nichtigkeitserklärung des Bebauungsplanes nach § 47 Abs. 6 VwGO hat nur deklaratorischen Charakter. Der Plan ist von Anfang an ungültig; er wird nicht erst durch die Entscheidung "aufgehoben". Vgl. Kopp, NJW 1976, 1965; ders., VwGO, § 47 Rn. 63; Vogel, BayVBl. 1977, 617 m.w.N. Fn. 10.

8) So bereits Plagemann, WM 1979, 798.

9) Keine fremde Gemeinde könnte einen wirksamen Bebauungsplan für das Gemeindegebiet der zusagenden Gemeinde aufstellen.

tragsrechts kein Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit)¹⁾, sondern objektive Unmöglichkeit nach § 306 BGB vor.

Infolge der Überschneidung des Anwendungsbereichs der Normen wird damit auch gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB verstoßen. Gleichgültig, ob man die Nichtigkeitsanordnung über § 59 Abs. 1 VwVfG § 134 BGB oder § 306 BGB entnimmt, ist die rechtswidrige, vertragliche Zusage nichtig.

III. Die einseitige Zusage

Die einseitige Zusage mit rechtswidrigem Inhalt beurteilte das BVerwG in ständiger Rechtsprechung als unwirksam²⁾. Erwies sich das zugesagte Handeln als fehlerhaft, lagen etwa die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, so brauchte die Zusage nicht erfüllt zu werden. Etwas anderes galt nur dann, wenn nach den außergewöhnlichen Umständen des Einzelfalls die Nichterfüllung der Zusage für den Betroffenen als schlechterdings untragbar angesehen werden mußte³⁾. Eine Verpflichtung, die Zusage einer rechtswidrigen Maßnahme zu erfüllen, wurde nur unter diesen besonderen Voraussetzungen ganz ausnahmsweise angenommen. Unwirksamkeit war danach die Regel, Wirksamkeit der eng begrenzten Ausnahmefall⁴⁾.

Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Regel-Ausnahmeverhältnis hat der Gesetzgeber für die Zusicherung mit der Normierung des § 38 Abs. 2 VwVfG umgekehrt. Mit Verweisung auf die Rücknahmeregel des § 48 VwVfG hat er das Recht der Zusicherung in die erkundeten Bahnen der Verwaltungsaktlehre geleitet⁵⁾. Nichtig ist die Zusicherung daher im Ausnahmefall, wenn nach § 44 VwVfG ein besonderer Nichtigkeitsgrund oder ein schwerer und offenkundiger Rechtsfehler vorliegt. Zusicherungen, die nicht hierunter fallen, sind grundsätzlich selbst dann wirksam, wenn sie Rechtsfehler aufweisen, können aber durch Aufhebung beseitigt werden. Damit räumt der Gesetzgeber die Gefahr von Gesetzesverstößen und -umgehungen, insbesondere die von Selbstverpflichtungen zu rechtswidrigen Verwaltungsakten, nicht durch generelle Nichtigkeit der Zusicherung, sondern durch die Möglichkeit ihrer Rücknahme aus.

Fraglich ist, ob diese Entscheidung generell auf einseitige Zusagen, ins-

1) So aber Bullinger, DÖV 1977, 816; dagegen H. Meyer, VwVfG, § 59 Rn. 28; Pietzcker, NJW 1981, 2092; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 166 Fn. 49; Schimpf, Vertrag, S. 293.

Läge, wie Bullinger (ebd.) annimmt, Unvermögen vor, so müßte nur dem Schuldner die Leistung unmöglich, zumindest aber einem Dritten die Leistung möglich sein, eine Konstellation, die vorliegend nicht eingreift.

2) BVerwGE 26, 31 (49); vgl. die Nachweise auf die eigene Rspr. in BVerwGE 49, 359 (362).

3) BVerwG, DVBl. 1966, 857 (859).

4) So auch beträchtliche Teile des Schrifttums vgl. Nachweise bei Fiedler, Funktion, S. 80 Fn. 449. Zur Gegenansicht vgl. Ossenbühl, DÖV 1972, 29; Steckert, DVBl. 1969, 303.

5) Fiedler, ebd., S. 82.

besondere auf die Bebauungsplanzusage übertragen werden kann¹⁾).

Wenn § 38 Abs. 2 VwVfG rechtswidrige Zusicherungen zwar für aufhebbar, im übrigen aber für wirksam erklärt, so kann "sich die Pflicht ergeben, weitere Verwaltungsakte bewußt contra legem zu erlassen"²⁾. Den Bestand dieser zugesicherten, rechtswidrigen Verwaltungsakte schließt die Rechtsordnung nicht a priori aus, das Verwaltungsverfahrgesetz erklärt auch sie vielmehr nur für aufhebbar.

Bei Wirksamkeit einer rechtswidrigen Planungszusage müßte demgegenüber ein rechtswidriger Bebauungsplan erlassen werden, der infolge seines formellen Normcharakters ipso iure nichtig ist³⁾. Ebenso wenig wie die Rechtsordnung die Wirksamkeit einer rechtswidrigen Norm gestattet, kann sie die Wirksamkeit einer Verpflichtung zum bewußten Erlaß einer solchen Norm zulassen. Die Unwirksamkeit der zugesagten Maßnahme kann daher nur zur Unwirksamkeit der Zusage selbst führen⁴⁾. Damit verlagert sich die Alternativität von Rechtmäßigkeit und Ungültigkeit des Bebauungsplanes vor auf die Bebauungsplanzusage.

Die Nichtigkeit einer solchen Zusage läßt sich dogmatisch - wie bei der vertraglichen Zusage - zum einen aus § 134 BGB⁵⁾, zum anderen aus anfänglicher, rechtlicher Unmöglichkeit begründen. Während es zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes⁶⁾ infolge rechtlicher Unmöglichkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG nicht nur eines schweren Fehlers, sondern auch seiner Offenkundigkeit bedarf, ist das Erfordernis dieses zusätzlichen Kriteriums für die Bebauungsplanzusage abzulehnen. Schon in der Verwaltungsaktlehre ist die Brauchbarkeit der Evidenzlehre zu Recht kritisiert worden⁷⁾; um so mehr muß dies im Recht der Zusage gelten: Wann ist schon eine von der Verwaltung zugesagte, zukünftige Maßnahme derart rechtswidrig, daß der Gesetzesverstoß für den Zusageempfänger offensichtlich ist⁸⁾? Insbesondere bei dem nicht leicht zu durchschauenden, komplexen und langwierigen Vorgang der Planaufstellung dürften verfahrens- und materiellrechtliche Fehler für den Bürger so gut wie nie offensichtlich sein⁹⁾. Dem Recht der Zusage angemessener ist es daher, entweder die Offenkundigkeit des Fehlers aus seiner

1) Diese Frage wirft auch Maurer allg. auf (VerwR, § 9 Rn. 60).

2) Hauelsen, DVBl. 1963, 814; dazu Achterberg, DÖV 1971, 407 Fn. 52.

3) S. 5. Kap.II.4.

4) Darüber herrscht in der Lit. nach Fiedler (Funktion, S. 79 f.) weitgehend Einigkeit; vgl. umfangreiche Nachweise, ebd., Fn. 443.

5) Da die Zusage auf einen Erfolg gerichtet ist (Erlaß einer rechtswidrigen Satzung), den die Rechtsordnung verhindern will, muß in ihr ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gesehen werden. Die Annahme der Nichtigkeit von Zusagen wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot besitzt insb. in der Rspr. eine lange Tradition; vgl. Nachweise bei Fiedler, ebd., S. 15 ff.; für die Zusicherung ebenso Obermayer, FS Theodor Maunz, S. 253.

6) Gleiches gilt infolge der Verweisung des § 38 Abs. 2 VwVfG für die Zusicherung.

7) So bereits Thieme, DÖV 1962, 686 ff; vgl. die Darstellung der Einwände gegen die Evidenztheorie bei Bachof, VerwR I, § 51 I c) 4.

8) Langkeit, 44. DJT, D 43.

9) Allgemein Fiedler, Funktion, S. 81.

Schwere zu vermuten¹⁾ oder ganz auf die Offenkundigkeit zu verzichten²⁾.

Dies gilt um so mehr, als das Kriterium der Offenkundigkeit dem Unmöglichkeitensrecht ohnehin fremd ist. Ist eine Erfüllungshandlung unmöglich, so ist sie das auch dann, wenn die Fehlerhaftigkeit nicht offenkundig ist³⁾.

Steht im übrigen fest, daß - anders als beim zugesagten, rechtswidrigen Verwaltungsakt - die zugesagte Maßnahme "Bebauungsplan" nicht wirksam ergehen kann, so entfällt auch das Bedürfnis, die Wirksamkeit des Verpflichtungsaktes zu erhalten und die Verwaltung auf die Möglichkeit einer Rücknahme der Zusage zu verweisen⁴⁾. Mit der Nichtigkeitsannahme und dem Ausschluß einer Aufhebung scheidet zwar zugleich jeder Schutz für die im Vertrauen auf die Zusage getätigten Dispositionen aus. Der Schutz des Vertrauens kann jedoch bei der Zusage nicht weiter reichen, als wenn die zugesagte Maßnahme bereits selbst erlassen worden wäre⁵⁾. Das Vertrauen auf den Bestand eines rechtsfehlerhaften Bebauungsplanes wird jedoch grundsätzlich nicht geschützt⁶⁾, so daß ebenso jeder Vertrauensschutz für die Zusage ausscheiden muß.

Inhaltlich fehlerhafte Zusagen über die Aufstellung eines Bebauungsplanes trifft also die Rechtsfolge der Nichtigkeit gleichgültig, ob einseitig oder vertraglich erteilt. Für die Bebauungsplanzusagen behält damit der vom BVerwG⁷⁾ aufgestellte Grundsatz seine Richtigkeit, Zusagen mit rechtswidrigem Inhalt seien unwirksam⁸⁾.

1) So Helmut Müller, Diss., S. 93 f.

2) Die Evidenztheorie hält auch Palauro (Diss., S. 140 ff. im Anschluß an Fiedler, ebd., S. 247) für ungeeignet im Recht der Zusage.

3) Schimpf, Vertrag, S. 292; vgl. auch Palauro, Diss., S. 144 (unwirksame Zusage bei Erfüllungsunmöglichkeit).

4) So aber Fiedler (Funktion, S. 254), der die Gefahr von Gesetzverstößen und - umgehungen durch die Möglichkeit der Rücknahme und des Widerrufs ausräumen will. Der Vorteil dieses Weges ist jedoch dort nicht ersichtlich, wo die Unwirksamkeit der zugesagten Maßnahme bereits feststeht.

5) Für das mangelnde Vertrauen in einen nichtigen, zugesagten Verwaltungsakt Hubert Kellner, Diss., S. 121 f.; Pieper, VerwArch. 59 (1968), S. 248.

6) BGH, BauR 1982, 457 ff.

7) BVerwGE 26, 31 (49); 49, 359 (362); BVerwG, DVBl. 1966, 857 ff.

8) Dazu Reichert/Dürr, BauR, S. 20.

Sechstes Kapitel

Die formellen Voraussetzungen der Zusagen

I. Die Zuständigkeit zur Zusageerteilung

Bei der Frage der Zuständigkeit zur Zusageerteilung ist zu differenzieren zwischen der Behördenzuständigkeit¹⁾ und der innerbehördlichen Zuständigkeit²⁾. Während § 38 VwVfG zumindest das Problem der Behördenzuständigkeit für Zusicherungen behandelt, ist außerhalb des Anwendungsbereichs der Norm zwar die Kompetenz zur (End-) Entscheidung, nicht aber die zur Zusage geregelt³⁾. Die Zusagekompetenz kann sich hier nur an der (End-) Entscheidungskompetenz orientieren⁴⁾. Da die Zusage die (End-) Entscheidung vorbereitet und "den Gesamtkomplex mit vorläufig verbindlicher Wirkung" vorab regelt⁵⁾, muß von der Entscheidungskompetenz für die Aufstellung des Bebauungsplanes auf die Zusagekompetenz geschlossen werden⁶⁾. Die zum Erlaß der zugesagten Maßnahme sachlich wie örtlich zuständige Stelle muß auch zum Erlaß der selbstbindenden Zusage zuständig sein⁷⁾.

Für die Erteilung einer Bebauungsplanzusage kann daher nur die Gemeinde zuständig sein, die nach § 2 Abs. 1 BBauG einen wirksamen Bebauungsplan aufstellen kann. Räumliche Grenze ist somit die Grenze des Gemeindegebietes, innerhalb dessen der Gemeinde die Planungshoheit zukommt.

1. Die Kompetenzverteilung innerhalb der Gemeinde

Für die schwierigere Frage der Zuständigkeit innerhalb der Gemeinde sind die Vorschriften des kommunalen Verfassungsrechts zu beachten. Insbesondere ist zwischen der Kompetenz zur Willensbildung und der zur Vertretung zu unterscheiden.

Die Entscheidung über die Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung sind in der Regel der Gemeindevertretung vorbehalten⁸⁾. Anderes hätte zu gelten, wenn es sich bei der Erteilung der Bebauungsplanzusage um

1) Vgl. BVerwGE 49, 244 (248).

2) Palauo, Diss., S. 61 m.w.N.

3) Eine Ausnahme stellt insoweit § 23 ZOLLG dar.

4) Fiedler, Funktion, S. 242.

5) Achterberg, DÖV 1971, 402; dazu Fiedler, ebd., S. 244.

6) Zu Rückschlüssen von der Entscheidungskompetenz auf die Zusagekompetenz vgl. Fiedler, ebd., S. 242; Kimminich, JuS 1963, 271; Helmut Müller, Diss., S. 59 f. m.w.N.; Obermayer, NJW 1962, 1470 Fn. 47. Ähnlich auch die Ableitung aus der Enge des Sachzusammenhangs (Helmut Müller, ebd.), aus der Natur der Sache (dazu Fiedler, ebd., S. 246) oder aus einer ausdrücklichen Kompetenz "durch Auslegung und Analogie"; vgl. Achterberg, ebd.

7) Vgl. Palauo, Diss., S. 116, 119.

8) Hier und nachfolgend wird exemplarisch auf die Regelungen in den Gemeindeordnungen der Länder Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen verwiesen; § 24 Abs. 1 S. 2 GO BW, § 28 Abs. 1 S. 1 GO NW.

ein "Geschäft der laufenden Verwaltung"¹⁾ handelte. Dem Bereich laufender Verwaltung gehören unabhängig von der Größe, Struktur und Leistungsfähigkeit einer Gemeinde keine Belange an, deren Entscheidung schon kraft Gesetzes zu den unübertragbaren Zuständigkeiten des Rates zählt²⁾. Da der Beschluß eines Bebauungsplanes als Satzung eine nicht übertragbare Aufgabe der Gemeindevertretung ist³⁾, kann für die Entscheidung, mit der sich die Gemeinde zum Satzungserlaß verpflichtet, nichts anderes gelten⁴⁾. Zur Erteilung einer Bebauungsplanzusage ist somit die Gemeindevertretung zuständig⁵⁾, sie muß einen wirksamen Beschluß fassen⁶⁾.

Den vom Gemeinderat gebildeten Willen in die Tat umzusetzen⁷⁾, insbesondere die Geschäfte der Gemeinde nach außen hin wahrzunehmen⁸⁾, ist dann Aufgabe der Verwaltungsleitung. Nicht der Gemeindevertretung selbst, sondern dem Bürgermeister oder Gemeindedirektor fällt damit die Vertretung der Gemeinde zu. Die Bebauungsplanzusage kann daher nur dieser⁹⁾ - nach einigen Gemeindeordnungen lediglich in Verbindung mit einem zweiten Vertretungsberechtigten¹⁰⁾ - wirksam für die Gemeinde abgeben. Willensbildung und Vertretung fallen daher auseinander¹¹⁾.

2. Das Verhältnis der Vertretungsmacht zur Geschäftsführungsbefugnis

Zwischen der gesetzlich verliehenen Vertretungsmacht des Hauptverwaltungsbeamten und der ihm zustehenden Geschäftsführungsbefugnis kann eine Diskrepanz bestehen, womit das grundsätzliche Verhältnis von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis angesprochen ist. Die Geschäftsführungsbefugnis bezieht sich auf die Frage, inwieweit der

-
- 1) § 44 Abs. 2 S. 1 GO BW.
 - 2) Fritz, Vertrauensschutz, S. 151 m.w.N. Fn. 138. Vgl. den Katalog der Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, die der Beschlußfassung der Gemeindevertretung vorbehalten sind; §§ 38 Abs. 2, 44 Abs. 2 S. 3 GO BW, § 28 Abs. 1 S. 2 GO NW.
 - 3) Von der Ermächtigung des § 188 Abs. 4 BBauG, die Zuständigkeiten abweichend zu regeln, haben Berlin und Hamburg Gebrauch gemacht. In Berlin werden die Bebauungspläne nach § 4 Abs. 1 AG BBauG vom Senator für Bau- und Wohnungswesen erlassen, der dementsprechend auch zur Erteilung von Zusagen zuständig ist.
 - 4) Zum Rückschluß von der Entscheidungskompetenz auf die Zusagekompetenz s.o. 6. Kap. I.
 - 5) So auch OVG Lüneburg, DVBl. 1976, 178; LG Siegen, Urt. v. 30.6.1981 - 2 b O 593/80 (unveröff., kein Geschäft der laufenden Verwaltung).
 - 6) Degenhart, BayVBl. 1979, 296.
 - 7) § 43 Abs. 1 GO BW, § 47 Abs. 1 S. 2 GO BW.
 - 8) § 42 Abs. 1 S. 2 GO BW, § 55 Abs. 1 S. 1 GO NW.
 - 9) Bzw. sein Stellvertreter.
 - 10) Dies gilt für die Abgabe von Erklärungen, durch die eine Gemeinde verpflichtet werden soll, nach § 54 Abs. 3 S. 2, 3, 56 Abs. 1 S. 2 GO NW, § 54 Abs. 2 GO BW (wenn nicht der Bürgermeister, sein Stellvertreter oder der Erste Beigeordnete handelt).
 - 11) Zur organisatorischen Trennung von Willensbildungs- und Vertretungskompetenz ausführlich Fritz, Vertrauensschutz, S. 37 ff.

Vertreter zur Vornahme von Handlungen dem Vertretenen gegenüber berechtigt ist (rechtliches Dürfen im Innenverhältnis)¹⁾. Der Hauptverwaltungsbeamte der Gemeinde ist danach nur dort berechtigt und verpflichtet, Erklärungen im Namen der Gemeinde abzugeben, wo dies zur Ausführung der rechtlich einwandfreien Beschlüsse der Gemeindevertretung gehört²⁾. Demgegenüber betrifft die Vertretungsmacht das rechtliche Können des Vertreters im Außenverhältnis, also die Fähigkeit, Willenserklärungen mit Rechtsfolgenwirkung für den Vertretenen in seinem Namen abzugeben und anzunehmen³⁾.

Damit stellt sich die Frage, ob der oder die Vertretungsberechtigten die Gemeinde auch durch solche Zusagen zur Planaufstellung verpflichten können, die sie unter Überschreiten ihrer Geschäftsführungsbefugnis abgeben, indem sie dem Abschluß des Entscheidungsprozesses der kommunalen Vertretungskörperschaft vorgreifen oder sogar einem anderslautenden Beschluß zuwiderhandeln. Einer wirksamen Verpflichtung der Gemeinde zum Erlaß eines Bebauungsplanes hält Gusy⁴⁾ entgegen, daß die einschlägigen Gemeindeordnungen einen Übergriff der Vertretungsberechtigten in die Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit der Gemeindevertretung untersagen⁵⁾.

Die kommunalrechtlichen Vorschriften über die Vertretungsmacht enthalten keinerlei Einschränkungen. Da eine Vertretungsbefugnis "gemäß den Beschlüssen des Rates" dem Kommunalrecht keineswegs fremd ist, kann angenommen werden, daß die Gesetzgeber bewußt auf eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht verzichtet haben. Die gewollte Trennung der Vertretungsmacht von der Organbefugnis im Innenverhältnis (Geschäftsführungsbefugnis) kommt auch in der Gesetzessystematik zum Ausdruck⁶⁾.

Gibt der Vertretungsberechtigte der Gemeinde eine Verpflichtungserklärung unter Überschreiten seiner Geschäftsführungsbefugnis ab, so ist die Verpflichtungserklärung auch bei diesem Mangel der Organkompetenz wegen der kommunalrechtlichen Vorschriften über die Außenvertretung grundsätzlich wirksam⁷⁾. Das Risiko für ein Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis des Vertreters tragen also die Gemeinden⁸⁾. Damit haben die Gemeindeverordnungen dem Schutz des Vertrauens Außenstehender einen deutlichen Vorrang eingeräumt gegenüber

1) Ebd., S. 58.

2) § 43 Abs. 1 GO BW, § 47 Abs. 1 S. 2 GO NW.

3) Fritz, ebd., S. 58.

4) BauR 1981, 166 f.

5) Wenn diese Argumentation richtig wäre, müßte Gusy wirksame Zusageerteilungen zumindest in den Ländern anerkennen, in denen von der Ermächtigung abweichender Zuständigkeitsregelung nach § 188 Abs. 4 BBauG Gebrauch gemacht wurde, womit der dargestellte Konflikt entfällt (Zuständigkeit des Senators für Bau- und Wohnungswesen in Berlin).

6) Der Abatz folgt Fritz, Vertrauensschutz, S. 60 f. m.w.N.

7) OLG Köln, DVBl. 1960, 816 (817 f.); Kottenberg/Rehn, GO NW, § 55 Anm. I; v. Mutius, JuS 1979, 181; Wolff, VerwR II, § 87 III c 2; differenzierend Scholler/Broß, Grundzüge, S. 108 f.

8) Fritz, ebd., S. 69, 80 f.

dem öffentlichen Interesse am Schutz der gemeindlichen Kompetenzordnung¹⁾. Die einschlägigen Gemeindeordnungen stehen mithin einer wirksamen Verpflichtung der Gemeinde auch durch kompetenzüberschreitende Erklärungen der Vertretungsberechtigten keineswegs entgegen.

Der Hinweis von v. Mutius²⁾, eine unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgegebene Zusage werde so zu einem "beachtenswerten Zwangspunkt im Entscheidungsprozeß der kommunalen Vertretungskörperschaft", ist daher zutreffend. Es handelt sich hierbei jedoch um ein allgemeines Problem des kommunalen Verfassungsrechts infolge getrennter Organkompetenz und Abstraktheit der Vertretungsmacht. Da die Gefahr des Mißbrauchs nicht typischerweise mit der Konstellation der Bauplanungszusage verbunden ist, verbietet sich ein Schluß hieraus auf die Unwirksamkeit planungsrechtlicher Verpflichtungserklärungen³⁾⁴⁾.

3. Die Durchbrechung der Abstraktheit der Vertretungsmacht

Für besonders gravierende Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht sind jedoch zwei Durchbrechungen des Prinzips der Abstraktheit anerkannt:

a) Kollusion:

Wirkt der Hauptverwaltungsbeamte der Gemeinde mit dem Empfänger der Zusage einverständlich zum Nachteil der Gemeinde zusammen, so liegt darin ein Verstoß gegen die guten Sitten, der nach § 138 BGB die Nichtigkeit der Zusage zur Folge hat⁵⁾.

1) Ebd., S. 88.

2) Jura 1980, Heft 10 KK ÖR, VwVfG § 59 Abs. 1.

3) I.d.S. auch Stettner, AöR 102 (1977), S. 575; a.A. Gusy, BauR 1981, 169 (mit Schluß auf Unwirksamkeit).

4) Wallenrath (VerwR, § 8 III 4) versucht, das Problem kompetenzüberschreitender Erklärungen mit § 58 Abs. 2 VwVfG zu lösen, indem er die Wirksamkeit der vertraglichen Zusage von der "Zustimmung des rechtsetzenden Organs" abhängig macht. Die Norm behandelt indes nur das Problem eines Zusammenwirkens verschiedener Behörden bei mehrstufigem Verwaltungshandeln, während das vorliegende Problem kein mehrstufiges, sondern ein einstufiges Verwaltungshandeln betrifft. § 58 Abs. 2 VwVfG kann daher keine Aussage entnommen werden zum Problem des Auseinanderfallen von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht innerhalb einer allein zuständigen Verwaltungseinheit.

Wenn das BVerwG im Flachglas-Urteil die Mitwirkung der Gemeindevertretung zur Voraussetzung eines Ausgleichs defizitärer Planung erhebt, so liegt hierin ein Widerspruch zu den kommunalrechtlichen Regelungen von Kompetenzen und Vertretungsmacht. Nicht recht gangbar erscheint schon deshalb ein Weg, für eine kompetenzüberschreitende Zusage eine Erfüllungsunmöglichkeit anzunehmen, weil die Voraussetzungen des Flachglas-Urteils nicht erfüllt sind und eine defizitäre Abwägung daher nicht ausgleichbar ist.

5) Dazu Fritz, Vertrauensschutz, S. 69 m.w.N. Fn. 64.

b) Evidenter Mißbrauch der Vertretungsmacht:

Auch ohne die Beteiligung des Zusageempfängers kann eine Bindung der Gemeinde an die Zusage unzumutbar sein. Die Gemeinde ist gegen einen Mißbrauch der Vertretungsmacht des Bürgermeisters dann geschützt, wenn der Zusageempfänger den Mißbrauch kennt oder kennen muß, insbesondere, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht in ersichtlicher Weise mißbraucht hat (Evidenz des Mißbrauchs)¹⁾. Die Gemeinde kann dem Zusageempfänger sodann nach § 242 BGB die Einrede der Arglist entgegenhalten; der Mißbrauch der Vertretungsmacht stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar²⁾.

Eine erweiterte Anwendung der allgemeinen Mißbrauchsregeln könnte geeignet sein, die aufgezeigten Gefahren aus der Trennung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht für die Entscheidungskompetenz der Gemeindevertretung zu vermindern.

Grund für die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht ist der Schutz des außenstehenden Dritten³⁾. Angesichts der komplizierten, internen Geschäftsverteilung zwischen Gemeindevertretung und Bürgermeister (Gemeindedirektor), vermag der Partner der Gemeinde oft nicht zu beurteilen, wie weit die Geschäftsführungsbefugnis des Vertretungsorgans reicht. Insbesondere kann von ihm regelmäßig keine Kenntnis davon erwartet werden, ob ein privatrechtliches Verpflichtungsgeschäft noch zum Bereich der laufenden Verwaltung gehört oder darüber hinaus geht. Vielmehr soll er sich darauf verlassen können, daß Verpflichtungserklärungen ihres gesetzlichen Vertretungsorgans der Gemeinde zugerechnet werden⁴⁾.

In geringem Maße schutzwürdig erscheint demgegenüber der Empfänger einer Verpflichtungserklärung des öffentlichen Rechts, die solche Geschäfte betrifft, die bereits kraft Gesetzes den unübertragbaren Aufgaben der Gemeindevertretung zugehören. Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht kann hier offensichtlicher sein als in anderen Bereichen. Erhöhte Anforderungen sind insbesondere an die Wachsamkeit solcher Erklärungsempfänger zu stellen, die im Verkehr mit Gemeinden besonders erfahren sind⁵⁾, beispielsweise Wohnungsbaugesellschaften oder große Unternehmen, die über eigene Planungs- und Rechtsabteilungen

- 1) Ebd., S. 70. Für die vertragliche Zusage findet dieser Gedanke Ausdruck in § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Der Kenntnis ist auch hier das Kennenmüssen gleichgestellt; vgl. Kopp, VwVfG, § 59 Rn. 20.
- 2) So die Rspr. (BGH, NJW 1980, 115 (116 f.)) und ein Teil der Lit. (Palandt/Heinrichs, BGB, § 164 Anm. 2), während andere §§ 177 ff. BGB direkt oder entsprechend anwenden; dazu ausführlich Fritz, ebd., S. 71.
- 3) OLG Köln, DVBl. 1960, 816 (818); Fritz, ebd., S. 62; Gönnerwein, GemR, S. 349.
- 4) Fritz, ebd., m.w.N. Fn. 27.
- 5) Vgl. BGH, DVBl. 1977, 576 (578, zu einem Wohnungsbaunternehmen); Bender, StHR, Rn. 235 (S. 91). Ähnlich ist ein Schadenersatzanspruch dieser Erklärungsempfänger (bei Annahme einer nichtigen Zusage) mit Hinweis auf §§ 307 Abs. 1 S. 2, 309 BGB bzw. deren Rechtsgedanken abzulehnen, soweit der Adressat die Unwirksamkeit hätte erkennen können; dazu BGH NJW 1980, 826 (827 f.); LG Siegen, Urt. v. 30.6.1981 - 2 b O 593/80 (unveröff.).

verfügen. Hätten diese den Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den oder die Vertretungsberechtigten erkennen müssen, so entfällt die Bindung der Gemeinde an die Zusage. Die Gemeindevertretung ist dann nicht verpflichtet, den ohne ihre Billigung zugesagten Bebauungsplan aufzustellen.

Im übrigen dürfte die dargestellte Gefahr eines Mißbrauchs stärker von theoretischer, denn von praktischer Bedeutung sein. Sie wird in der Praxis erheblich durch das Gegenzeichnungserfordernis reduziert, dem gerade die Funktion zukommt, Verpflichtungserklärungen der Vertretungsberechtigten zu verhindern, die diese im Rahmen ihrer Vertretungsmacht unter Überschreitung ihrer Geschäftsführungsbefugnis abgeben¹⁾. Auch die haftungsrechtlichen²⁾ und disziplinarrechtlichen³⁾ Folgen für die Vertreter bewirken eine starke Verminderung möglicher Kompetenzübergriffe.

II. Die Form der Zusageerteilung

1. Die Formvorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes

Während bis zum Erlaß des Verwaltungsverfahrensgesetzes die Auffassung überwog, sowohl einseitige Zusagen wie öffentlich-rechtliche Verträge bedürften mangels entgegenstehender Vorschriften keiner besonderen Form⁴⁾, hat der Gesetzgeber die Frage nunmehr anders entschieden⁵⁾.

Die vertragliche Zusage ist nunmehr nach § 57 VwVfG in Schriftform zu erteilen, wobei sich die Anforderungen an die Schriftform über § 62 S. 2 VwVfG aus § 126 BGB ergeben⁶⁾. Besondere Formerfordernisse können auch aus der entsprechenden Anwendung des § 313 BGB resultieren⁷⁾, soweit der Vertrag die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks zum Inhalt hat⁸⁾. Wird der Vertrag der gesetzlich vorgeschriebenen

1) Die gleiche Schutzfunktion zugunsten der Gemeinde vor unbedachten Willenserklärungen ihrer Vertretungsberechtigten kommt dem Schriftformerfordernis zu; dazu s. 6.Kap.II. 2.; sowie umfassend Fritz, ebd., S. 164 ff. m.w.N.

2) Zur persönlichen Haftung des Gemeindebediensteten aus § 839 BGB vgl. Fritz, ebd., S. 269 f.

3) Dazu Kottenberg/Rehn, GO NW, § 55 Anm.1.

4) Für einseitige Zusagen ständige Rspr. seit BVerwGE 26, 31 ff.; ferner BGHZ 23, 36 ff.; Kimminich, JuS 1963, 270 f.; Niedermaier, BayVBl. 1965, 404; ausführlich Fiedler, Funktion, S. 47 f., 85 ff. m.w.N. Fn. 480.

Für die vertragliche Zusage die Schriftform verneinend OVG Münster, DÖV 1961, 555 (557); Beinhardt, VerwArch. 55 (1964), S. 254; Forsthoff, Lehrbuch, S. 281; a.A. Kottke, Diss., S. 70.

5) Vgl. aml. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 59 (bewußt im Gegensatz zu BVerwGE 26, 31).

6) H. Meyer, VwVfG, § 59 Rn. 3; Ule/Laubinger, VwVfR, § 69 IV 1; unklar Kopp, VwVfG, § 59 Rn. 2; a.A. Knack, VwVfG, § 59 Rn. 1, der auf § 37 Abs. 3 VwVfG (als Anhaltspunkt) zurückgreift; dazu ablehnend Schimpf, Vertrag, S. 129 Fn. 16; Ule/Laubinger, ebd.

7) BGHZ 58, 386 (392 ff.); 65, 368 (372); Simon, BayVBl. 1974, 147.

8) Vgl. Ausgangsfall D.

Form nicht gerecht, so ist er nach § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 125 S. 1 BGB nichtig¹⁾, da eine formale Voraussetzung zur Entstehung des Vertrages nicht erfüllt ist.

Ebenso hat der Gesetzgeber das "Parallelinstitut" der Zusicherung²⁾ nach § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG dem Erfordernis der Schriftlichkeit unterworfen, während für die außerhalb des § 38 VwVfG gegebenen Zusagen kein ausdrückliches Schrifterfordernis besteht. Kopp³⁾, der § 38 VwVfG als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens in gewissem Umfang auch auf Zusagen anwenden möchte, klammert das Erfordernis der Schriftform ausdrücklich aus, während H. Meyer⁴⁾ keine Bedenken hat, auch die Bestimmungen über die Schriftform entsprechend anzuwenden.

Einer Diskussion dieser Standpunkte bedarf es für die Bebauungsplanzusage deshalb nicht, weil eine Zusage der Gemeinde vorliegt, so daß ohnehin die Formvorschriften der Gemeindeordnung zu beachten sind.

2. Die Formvorschriften der Gemeindeordnungen

Erklärungen durch die eine Gemeinde verpflichtet werden soll, bedürfen nach allen Gemeindeordnungen der Schriftform⁵⁾. Ferner ergeben sich aus den Gemeindeordnungen die Erfordernisse der handschriftlichen⁶⁾ und teilweise "qualifizierten"⁷⁾ Unterschrift. Diese Sonderbestimmungen über die Abgabe kommunaler Verpflichtungserklärungen entfallen zwar für ein "Geschäft der laufenden Verwaltung"⁸⁾; ein solches liegt in der Bebauungsplanzusage jedoch nicht vor⁹⁾.

Für die Bebauungsplanzusage als kommunale Verpflichtungserklärung besteht somit auch außerhalb der Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes das Erfordernis qualifizierter Schriftform¹⁰⁾. Fehlt der Zusage die Schriftlichkeit oder die handschriftliche Unterzeichnung, so ist sie nach § 125 S. 1 BGB nichtig¹¹⁾; die Schriftlichkeit gehört damit

1) VGH München, NJW 1978, 2410 (2412); Forsthoff, Lehrbuch, S. 281.

2) H. Meyer, VwVfG, § 57 Rn. 1.

3) VwVfG, § 38 Rn. 2; ebenso Lange, WiVerw. 1979, 31; Stelkens, VwVfG, § 38 Rn. 2.

4) VwVfG, § 38 Rn. 36; ebenso Schier, VerwR, Rn. 668; ähnlich Schwarze, VwVfG, § 38 Rn. 9.

5) § 54 Abs. 1 S. 1 GO BW, § 56 Abs. 1 S. 1 GO NW.

6) § 54 Abs. 1 S. 2 GO BW, § 56 Abs. 1 S. 2 GO NW ("unterzeichnet" meint handschriftlich).

7) Während in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg die einfache, handschriftliche Unterzeichnung genügt, bedarf sie in anderen Bundesländern der Beifügung der Amtsbezeichnung und/oder des Dienstsiegels; vgl. ausführlich Fritz, Vertrauensschutz, S. 134.

8) § 54 Abs. 4 GO BW, § 56 Abs. 2 GO NW (einfaches...).

9) S. 6 Kap. I. 1.

10) Die Gemeindeordnungen stellen insoweit Rechtsvorschriften i.S.d. § 57 Halbs. 2 VwVfG dar, die als sondergesetzliche Regelung vorgehen.

11) Die Erfordernisse sind rechtstechnisch als gesetzliche Formvorschriften i.S.d. § 125 S. 1 BGB aufzufassen; vgl. Fritz, Vertrauensschutz, S. 176 ff. m.w.N. Fn. 44. Die Gegenansicht, die hierin eine

zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Planungszusagen.

Der Zwang zur Schriftlichkeit vermindert die Elastizität und Flexibilität der Zusage¹⁾. Zugleich wird aber durch das Schriftformerfordernis die Beweislage für den Bürger erleichtert²⁾, der es zwar rechtlich, aber nicht immer tatsächlich mit den gleichen Partnern zu tun hat³⁾. Der Formzwang ist ferner geeignet, den (die) Vertreter der Gemeinde zur Prüfung zu veranlassen, ob die Zusage tatsächlich dem Willen des intern zuständigen Gemeinderates entspricht. Ihm kommt damit die Funktion zu, die Gemeinde vor übereilten und kompetenzüberschreitenden Verpflichtungserklärungen ihrer Vertreter zu schützen⁴⁾.

Durch das Erfordernis der Schriftlichkeit wird zudem die Gefahr verringert, die Planungsbetroffenen aus heimlichen, streng vertraulichen, formlosen Zusagen droht⁵⁾. Eine schriftliche Zusage in den Planungsakten⁶⁾ ermöglicht eine genaue Rekonstruktion der Zusageerteilung, ihrer Motive und Auswirkungen auf das Abwägungsergebnis. Das Schriftformerfordernis erhöht damit die Chance einer aufsichtsbehördlichen und gerichtlichen Kontrolle und damit eines effektiven Rechtsschutzes klagender Bürger gegen den Bebauungsplan.

III. Das Verfahren der Zusageerteilung

Für die Bebauungsplanzusage stellt sich die Frage nach dem Verfahren, das bei ihrer Erteilung einzuhalten ist. Sind zur Vornahme der zugesagten Verwaltungshandlung bestimmte Verfahrensregelungen zu beachten, so könnte dieses Verfahren auch vor Abgabe einer entsprechenden Verpflichtungserklärung durchzuführen sein. Bei der Bebauungsplanzusage könnte daher vor ihrer Erteilung zum einen eine Beteiligung der nach §§ 2, 2 a BBauG anzuhörenden Bürger und Träger öffentlicher Belange erforderlich sein, zum anderen die Genehmigung der Zusage durch die nach § 11 BBauG zuständige Aufsichtsbehörde.

Vertretungsregelung sieht (Nachweise ebd., Fn. 45), wird von Fritz mit überzeugender Begründung zurückgewiesen (ebd., S. 177 ff.).

- 1) Vgl. Fiedler, Funktion, S. 240 ff.; ders., AöR 105 (1980), S. 109, der daher für eine generelle Formfreiheit im Recht der Zusage plädiert.
- 2) Zur Klarstellungs- und Beweisfunktion kritisch Fritz, Vertrauensschutz, S. 172 ff. (Der Beweissicherungszweck ließe sich auch durch eine bereits bei mündlicher Abgabe verbindlichen Zusage erzielen, die nachträglich dokumentiert wird).
- 3) So auch die amtl. Begr. zum Formerfordernis im Vertragsrecht, BT-Drs. 7/910, S. 81.
- 4) Dazu Fritz, ebd., S. 165 ff.; vgl. auch Gönnerwein, GemR, S. 353, 355.
- 5) Vgl. die Interessenlage im 1. Kap. II. 4. Ausführlich Scheuing VVDStRL 40 (1982), S. 179 ff.; Hoffmann-Riems, ebd., S. 200 f., 211 f.
- 6) In diese Richtung geht die Forderung Hoffmann-Riems (VVDStRL 40 (1982), S. 229 ff., 238 f. LS 19) als flankierende Schutzvorkehrung auf der Ebene der Vorabentscheidung diese offenzulegen und den Begründungsinhalt (des beschlossenen Bebauungsplanes) auf die Rechtfertigung der Vorprogrammierung (der Zusage) zu erstrecken. Vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 8.9.1978 - XI A 915/76 (unveröff.).

1. Die Beteiligung der Bürger und Träger öffentlicher Belange

Das Verwaltungsverfahrensgesetz behandelt das Problem der Drittbeteiligung in § 38 Abs. 1 S. 2 VwVfG für die Zusicherung und in § 58 Abs. 1 VwVfG für den Vertrag. Die einseitige Zusicherung darf danach nur unter denselben Verfahrensgarantien abgegeben werden wie der zugesicherte Verwaltungsakt selbst. Demgegenüber ist für einen Vertrag, der "in Rechte eines Dritten eingreift", die schriftliche Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Normen divergieren damit nicht nur hinsichtlich der Form der Drittbeteiligung (Anhörung/schriftliche Zustimmung), sondern auch hinsichtlich des Kreises Beteiligungsberechtigter und der Rechtsfolge fehlender Beteiligung.

Während § 38 VwVfG eine Anhörung auch derjenigen vorsieht, die - ohne in Rechten betroffen zu sein - nur kraft besonderer gesetzlicher Vorschriften vor Erlass des zugesicherten Verwaltungsaktes zu beteiligen sind, beschränkt § 58 Abs. 1 VwVfG das Zustimmungserfordernis auf solche Dritten, deren materielle Rechtsstellung berührt wird. Unterbleibt die jeweilige Beteiligung, so ist die einseitige Zusicherung rechtswidrig, während der Vertrag aufschiebend bedingt unwirksam ist. Diese starke Sanktionierung fehlender Mitwirkung im Vertragsrecht ist die Konsequenz eines Rechtsbehelfsverfahrens, das auf den Verwaltungsakt zugeschnitten ist¹⁾. Während ein Rechtsbehelf bereits gegen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt erfolgreich ist, kann ein durch Vertrag begründetes Rechtsverhältnis nur hinsichtlich Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zum Gegenstand einer Klage gemacht werden²⁾.

Damit sind die beiden Beteiligungsmodelle des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorgestellt. Für einseitige Zusagen außerhalb des § 38 VwVfG und vertragliche Zusagen stellt sich damit die Frage, ob und in welcher Form Dritte an der Erteilung der Zusage zu beteiligen sind.

§ 38 Abs. 1 S. 2 VwVfG fordert zwar eine grundsätzliche Vorverlegung der Verfahrensgarantien für Zusicherungen, liefert aber für einseitige Zusagen auch hinsichtlich des durchzuführenden Verfahrens keine generell zu handhabende Regelung. Ein Beteiligungserfordernis kann außerhalb gesetzlich normierter Zusageverfahren nicht schon dann erhoben werden, wenn das Regelverfahren der zugesagten Maßnahme eine Beteiligung vorsieht, sondern erst dann, wenn es nach dem Inhalt der Zusage überhaupt auf eine Beteiligung ankommt³⁾. Anstelle einer grundsätzlichen Übertragung der Verfahrensregelungen ist daher zu differenzieren nach dem Grad der Beteiligungsform sowie dem Sinn und Schutzzweck der Mitwirkung im konkreten Verfahren⁴⁾.

Für das konkrete Beteiligungsverfahren ist daher zu prüfen, welche Aufgabe ihm zukommt und ob diese dann unerreichbar bleibt, wenn keine

1) Vgl. amtl. Begr. zu § 58 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 81.

2) Zur Feststellungsklage eines belasteten Dritten auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages vgl. Friehe, DÖV 1980, 675.

3) Fiedler, Funktion, S. 247 f.

4) Vgl. bereits Hugo Kellner, Referat 44.DJT, D 61; Zeidler, Gutachten 44.DJT, S. 61; ferner Niedermaier, BayVBl. 1965, 403; Fiedler, ebd., S. 252.

Beteiligung an der Zusage erfolgt. Können Sinn und Zweck der Beteiligung nicht ohne ihre Vorverlegung auf den Zeitpunkt der Zusage erzielt werden, so bedarf schon die Zusage selbst dieses Mitwirkungsaktes. Eine Vorverlegung ist daher um so eher geboten, je stärker die zugesagte Maßnahme bereits durch die Zusage präjudiziert wird. Maßstab einer Beteiligung am Zusageverfahren ist daher

- der Sinn und Schutzzweck der Beteiligung und
- die Bedeutung sowie das Gewicht der Zusage im Gesamtverfahren¹⁾.

Soweit der Bürgerbeteiligung eine Schutzfunktion für die planende Gemeinde selbst zukommt, gebietet diese noch keine Vorverlegung, weil der Vorbehalt unveränderter Planungserkenntnisse der Gemeinde erlaubt, der Zusage nachfolgende Resultate des Beteiligungsverfahrens nach §§ 2, 2a BBauG beim Satzungsbeschluß zu berücksichtigen. Da Reichweite und Intensität der vorweggenommenen Entscheidung abgeschwächt sind, macht zumindest die Verwaltungsfunktion des Beteiligungsverfahrens noch keine Anhörung der Beteiligungsberechtigten vor Erteilung der Planungszusage erforderlich.

Sinn und Zweck des Beteiligungsverfahrens für die Rechtsposition Planungsbetroffener könnten gleichwohl eine Vorverlagerung bereits auf den Zeitpunkt der Zusage verlangen. Zusagen finden "ihre Grenzen (auch) in Rechten Dritter"²⁾. Erwachsen bereits aus der Zusage selbst Belastungen für Dritte, werden durch sie subjektive Rechte Dritter wirksam geschmälert³⁾, so gebietet der Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁴⁾ eine Beteiligung der Betroffenen an der Zusage. Vom Eingriff in Drittrechte macht auch § 58 Abs. 1 VwVfG das Mitwirkungserfordernis Dritter am Vertrag abhängig⁵⁾.

Mit dem Abstellen auf einen Eingriff wird allerdings auf eine Terminologie zurückgegriffen, die auch im Bereich des Vorbehalts des Gesetzes überholt ist⁶⁾. In Rechte Dritter wird schon dann eingegriffen, wenn eine primäre Begünstigung des Empfängers ergehen soll, die sich für einen Dritten als Belastung darstellt⁷⁾. Beteiligungsbedürftig sind daher alle drittbelastenden, einseitigen und vertraglichen Zusagen.

1) Fiedler, ebd., S. 248.

2) So bereits BVerwGE 49, 244 (249).

3) Fiedler, Funktion, S. 252.

4) Zum grundsätzlichen Recht des Bürgers auf Gehör auch im Verwaltungsverfahren vgl. die Normierung in § 28 VwVfG und die aml. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 51, 109; Schenke, VBIBW 1982, 320 ff.

5) Wann solche Drittrechte betroffen sind, läßt die Norm allerdings offen; Badura, VVDStRL 41 (1983), S. 234; Henle, BayVBl. 1982, 748.

6) S. 3. Kap. II.1.

7) Vgl. Erichsen/Martens, VerwR, § 27 II (S. 281, drittbelastend); bereits Salzwedel, Grenzen, S. 134; ebenso Schimpf, Vertrag, S. 281.

a) Beteiligung als Äquivalent rechtswidrig wirksamer Verpflichtungs-
akte

Eine Belastung durch die Zusageerteilung wird teilweise schon aufgrund der Pflicht einer drittbelastenden Erfüllung angenommen. Damit ist die im Vertragsrecht heftig umstrittene Frage aufgeworfen, ob das Beteiligungserfordernis des § 58 Abs. 1 VwVfG auch auf Verpflichtungsverträge Anwendung findet.

Die Frage wird von einem Teil des Schrifttums¹⁾ mit Hinweis auf den Wortlaut der Norm verneint. § 58 Abs. 1 VwVfG gelte nicht für Verpflichtungsverträge, sondern nur für Verfügungsverträge, weil erst diese in die Rechte Dritter eingriffen. Die vertragliche Zusage bedarf danach keiner Zustimmung Dritter. Die Gegenansicht²⁾ bejaht die Frage mit Hinweis auf die Wirksamkeit des rechtswidrigen Verpflichtungsvertrages.

Die vertragliche Zusicherung bildet, soweit sie zwar rechtswidrig, aber nicht nach § 59 VwVfG nichtig ist, die selbständige, wirksame Rechtsgrundlage für einen zugesicherten, drittbelastenden Verwaltungsakt. Gleiches gilt für die einseitige Zusicherung eines drittbelastenden Verwaltungsaktes, die infolge ihrer Anbindung an das Recht des Verwaltungsaktes selbst dann wirksam ist, wenn sie rechtswidrig ist. Solange sie nicht zurückgenommen ist, muß sie erfüllt werden. Würde ein Dritter, der am Verwaltungsaktverfahren zu beteiligen ist, nicht bereits am jeweiligen Zusicherungsverfahren teilnehmen, könnte er die Erfüllung der Zusicherung und damit den Erlaß eines ihn belastenden Verwaltungsaktes nicht mehr verhindern. Das Beteiligungsrecht, das §§ 38 Abs. 1 S. 2, 58 Abs. 1 VwVfG Dritten einräumen, ist damit das Äquivalent für die Wirksamkeit rechtswidriger Verpflichtungsakte³⁾. Infolge des erkennbaren Zwecks der Normen, den Schutz eines von dem zugesicherten Verwaltungsakt Belasteten an die Front der jeweiligen Verpflichtungserklärung vorzuerlagern, reicht es als Beeinträchtigung des Dritten durch einseitige oder vertragliche Zusicherungen aus, wenn ihre Erfüllung seine Rechte verletzen würde⁴⁾.

1) Gegen eine Erstreckung auf Verpflichtungsverträge Bosse, VerwVertr., S. 79; Bullinger, DÖV 1977, 816; Maurer, VerwR, § 14 Rn. 30 (S. 292); Redeker, DÖV 1966, 545; Ule/Laubinger, VwVfR, § 69 V (S. 348); ähnlich Wallerath, VerwR, § 8 III 4 (S. 232, aber für Analogie). Nach Erichsen/Martens, VerwR, § 27 II (S. 281) greift der obligatorische Vertrag "in der Regel" nicht in Rechte Dritter ein.

2) Bonk, VwVfG § 58, Rn. 12; Braun/ v. Rotberg, VwVfG § 58 Rn. 2; Friehe, DÖV 1980, 674 ff.; Knack, VwVfG § 58 Rn. 4; Kopp, VwVfG § 58 Rn. 6; H. Meyer, VwVfG § 58 Rn. 10 f.; eingeschränkt Pietzcker, NJW 1981, 2093; Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 169; Schimpf, Vertrag, S. 282 f.

3) H. Meyer, VwVfG, § 58 Rn. 9 unter Hinweis auf Bullinger, DÖV 1977, 816.

4) So Schimpf, ebd.

Anders als für verwaltungsaktgerichtete Zusicherungen trifft die Prämisse dieser Ansicht nicht auf normgerichtete Zusagen zu. Einseitige und vertragliche Zusagen einer rechtswidrigen Norm sind wie diese selbst stets unwirksam¹⁾. Will ein Dritter einen rechtswidrigen, zugesicherten Verwaltungsakt verhindern, so muß er bereits die Wirksamkeit des Zusicherungsaktes selbst vereiteln, indem er schon gegen die einseitige Zusicherung Rechtsmittel eingelegt oder seine Zustimmung zum Zusicherungsvertrag verweigert. Dieser Weg ist demgegenüber weder bei der einseitigen noch der vertraglichen Zusage einer rechtswidrigen Planung erforderlich; sie sind ohnehin unwirksam. Mangels Wirksamkeit der rechtswidrigen Planungszusagen bedarf es hier keines Äquivalents durch die Beteiligung Dritter bereits am Verpflichtungsakt selbst. Anders als bei der Zusicherung genügt der Hinweis auf die Erfüllungspflicht bei Planungszusagen noch nicht, um in ihnen bereits eine Belastung von Drittrechten zu sehen. Für den normgerichteten Verpflichtungsvertrag bleibt es damit bei der Ansicht, daß das Zustimmungserfordernis nicht gilt²⁾. Für vertragliche wie einseitige Planungszusagen kann daher unter dem Gesichtspunkt belasteter Drittrechte durch rechtswidrige Zusagen auf eine Beteiligung Dritter verzichtet werden.

b) Beteiligung zur Sicherung von Teilhaberechten

Eine Mitwirkung der Bürger und Träger öffentlicher Belange könnte zur Sicherung der durch §§ 2, 2a BBauG eingeräumten Teilhaberechte geboten sein. Der umschriebene Vorbehalt unveränderter Planungskenntnisse ist jedoch nicht nur geeignet, die zusagende Gemeinde selbst zu schützen, sondern ebenso, die Verfahrensgarantien zugunsten Dritter zu wahren³⁾. Da er die Reichweite und Intensität der vorweggenommenen Entscheidung abschwächt, ist weder nach Sinn und Schutzzweck der Beteiligung selbst, noch nach der Bedeutung und dem Gewicht der Zusage im Gesamtverfahren⁴⁾ eine Beteiligung Dritter an der Zusageerteilung erforderlich⁵⁾.

Dem hält Hoffmann-Riem⁶⁾ entgegen, ungeachtet des Vorbehalts würde die Zusage "zumindest faktisch eine starke Programmierungswirkung entfalten, die durch eine spätere Beteiligung Dritter nur sehr schwer ausgeräumt werden kann". Mit der Forderung einer vollen Verfahrensbeteiligung Dritter, die er hieraus ableitet, sind jedoch weitreichende Auswirkungen auf die Zusagepraxis verbunden, die zunächst verdeutlicht werden sollen.

1) S. 5.Kap.II. 4 und III.

2) a.A. Papier, JuS 1981, 501; Bonk, VwVfG, § 58 Rn. 6; H. Meyer, VwVfG, § 54 Rn. 57.

3) S. 3.Kap.II. 3. c).

4) S. die oben dargestellten Kriterien für eine Beteiligung am Zusageverfahren.

5) Ebenso Kopp, VwVfG, § 38 Rn. 19; Maiwald, BayVBl. 1977, 452.

6) VVDStRL 40 (1982), S. 221 Fn. 86.

Als Folge verstärkter Verfahrenserfordernisse werden Verwaltungsentscheidungen notgedrungen schwerfälliger und zeitintensiver. Eine Formalisierung schlägt als verminderte Verwaltungseffektivität zu Buche. Wird eine Einzelfallentscheidung zugesagt, bei der einzelne Betroffene zu beteiligen sind, so hält sich der zu verzeichnende Effektivitätsverlust noch in Grenzen. Ungleich stärker tritt er hervor bei Vorverlegung der Beteiligungsregelungen des Bauleitplanungsverfahrens auf die Zusage. Hier vergrößert sich infolge der Summe von Einzelfallentscheidungen, die der Plan trifft, nicht nur die Zahl der direkt Betroffenen; hinzu kommt die bei der Bauleitplanung große Zahl beteiligungsberechtigter Bürger. Eine Zusage unter diesen Verfahrenserfordernissen verlöre ihre Funktion als rasches und effektives Instrument zur Verfahrensbeschleunigung (Verschaffung von Zeitgewinn¹). Sie wäre ebenso zeitaufwendig wie die Planaufstellung selbst. Je größer der Kreis Beteiligungsberechtigter ist und je höher die erhobenen Anforderungen an die Form der Beteiligung sind, desto unpraktikabler wird damit die Zusageerteilung²).

Als Folge umfassender Beteiligungserfordernisse läßt daher die Möglichkeit und Bereitschaft der Verwaltung zur Abgabe von Zusagen rapide nach. Die Zusageerteilung würde die Gemeinde zusätzlich mit der Durchführung eines Verfahrens belasten, welches ein zweites Mal vor dem Satzungsbeschluß durchlaufen werden müßte, ohne damit einen Beschleunigungs- oder Rationalisierungseffekt für die Planaufstellung erzielen zu können³).

Völlig uninteressant sind auch für den Empfänger solche Zusagen, die ebenso zeitintensiv sind wie die Aufstellung des Planes selbst. Da sie keine frühzeitigen Investitionen gestatten, wirken sie sich für ihn weder zeit- noch kostenreduzierend aus. Mit der Verstärkung der Verfahrensanforderungen wäre also nahezu notwendig eine Vernichtung der formellen Zusagepraxis verbunden.

Andererseits müssen spätestens seit dem Flachglas-Urteil des BVerwG dem Planverfahren vorgeschaltete Zusagen und Verträge als unverzichtbar gelten⁴). Auch die nachfolgend ausgesprochene Unwirksamkeit von

1) Fiedler, Funktion, S. 154, 183, 185, 212.

2) Zum Zusammenhang von Größe des Kreises Drittbelasteter und der Unpraktikabilität der Handlungsform Zusage Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 169 m.w.N. Fn. 62.

3) Während sich Einwendungen durch eine Zusicherung wirksam ausschließen lassen, gestattet die Planungszusage keine wirksame Problemabschichtung. Selbst wenn der Bürger seinen Belang bereits im Zusageverfahren vorträge, verhinderte dies keine spätere Normenkontrolle, die auch den vorgetragenen Belang zum Gegenstand ihrer Prüfung macht. Kann die mit einer Vorverlegung des Beteiligungserfordernisses bezweckte Funktion einer Problemabschichtung bei der Zusage ohnehin nicht erreicht werden, entfällt jedes behördliche Bedürfnis vorgezogener Verfahrenserfordernisse. Das funktionale Minus einer Öffentlichkeitsbeteiligung an der Planungszusage erlaubt es insoweit, die Zusage "freier zu stellen" als die zugesagte Maßnahme selbst (s. Wilhelm, ZBR 1965, 214).

4) BVerwG, NJW 1975, 70 (73); so auch Hoffmann-Riem, ebd., S. 192 m.w.N. Fn. 7.

Planungszusagen durch das Gericht hat daher zu keiner Beendigung interner Vorklärunen geführt; vielmehr gibt nach wie vor "fast jede Gemeinde in irgendeiner Weise Zusagen gegenüber Privatpersonen oder Unternehmen"¹⁾.

Mit solchen informellen²⁾ Verhaltensweisen müßte die Gemeinde ebenso reagieren, wenn ihr Zusageerteilungen zwar gestattet, diese jedoch zugleich unter Verfahrenserfordernissen gestellt würden, die als zu aufwendig empfunden werden. Je größer der Aufwand für die Einhaltung von Verfahrensregelungen wird, je überflüssiger er von der Gemeinde und den Interessenten empfunden wird und je mehr er den wirtschaftlichen Bedürfnissen widerspricht, um so stärker tendieren die Beteiligten dazu, auf informelle Vorabsprachen auszuweichen³⁾. Diese erlauben es, sich "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" auf eine bestimmte Planung zu einigen⁴⁾. Selbst wenn rechtliche Bindungen insoweit nicht eingegangen werden, wird regelmäßig eine Endentscheidung getroffen, die mit dem Inhalt der Vorklärun übereinstimmt⁵⁾. Die von Hoffmann-Riem befürchtete faktische Programmierungswirkung ist damit bei informellen Verhaltensweisen nicht geringer als bei bindungsreduzierten, formellen Zusagen⁶⁾.

Untersucht man im einzelnen formelle Zusagen und informelle Absprachen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Position der am Planungsverfahren Beteiligten, so stellt sich ein nicht unerheblicher Unterschied heraus. Wurde eine informelle Absprache getroffen, so tragen Bürger und Träger öffentlicher Belange Einwendungen "ins Blaue hinein" vor, da ihnen zum Teil wesentliche Informationen (z.B. über die konkrete Nutzung der Planausweisungen durch ein bereits bekanntes Industrieunternehmen) vorenthalten werden. Formelle (beteiligungslöse) Zusagen müßten demgegenüber im Rahmen der Begründung des Planungsentwurfs nach § 2 a Abs. 6 S. 1 BBauG ausgelegt werden⁷⁾. Dritte

1) So das Regierungspräsidium Arnberg mit Schreiben vom 14. März 1983 als Antwort auf eine Anfrage des Verfassers zur Zusagepraxis der Gemeinden.

2) Bohne (Rechtsstaat, S. 43 ff.) bevorzugt, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, die Begriffe: formal-informal.

3) Bohne, JbRSoz. 7 (1980), S. 70 ff.; im Anschluß hieran auch Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 227 f. Zu informellen Vorgehensweisen im Bauplanungsrecht Krautzbberger nach Zoubek, DVBl. 1984, 602; beim Vollzug Redeker nach Zoubek, ebd., S. 597.

4) Vgl. Bohne, ebd., S. 70.

5) Ebd., S. 41; ebenso Hoffmann-Riem, ebd., S. 192 f.

6) Zum Schutz Betroffener ließe sich zwar die Forderung einer Verfahrensbeteiligung auch für informelle Vorabentscheidungen erheben (insoweit konsequent Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982, S. 224). Für einen Vorgang, der regelmäßig durch "streng gehütete Vertraulichkeit" (ebd., S. 213) gekennzeichnet ist, erscheint diese Forderung jedoch völlig realitätsfremd. Eine effektive Kontrolle des Verfahrens ist bei informellen Absprachen infolge ihrer Verschwiegenheit ausgeschlossen; dazu Bohne, Rechtsstaat, S. 237; Hoffmann-Riem, ebd.

7) Zum Erfordernis ausreichender Dokumentation OVG Münster, Urt. v. 8.9.1978 - XI A 915/76 (unveröff.).

könnten damit ihre Stellungnahmen nicht nur zum Planinhalt vortragen, sondern auch zur Notwendigkeit einer Vorabentscheidung¹⁾ und zur konkret beabsichtigten Realisierung des Planes durch das Unternehmen, dem die Planaufstellung zugesagt wurde.

Vermehrte Kenntnis ermöglicht Dritten damit präzisierte Anregungen und Bedenken, denen ein erhöhtes Gewicht bei der abschließenden Abwägung zukommen muß. Auch die Gemeinde wird sich solchen gezielten Einwendungen gegen ihre Planung nicht grundsätzlich verschließen können und sich infolge vorgetragener Bedenken vermehrt zur Änderung ihrer Konzeption veranlaßt sehen. Diese qualifizierte Einwirkungsmöglichkeit der am Planungsverfahren Beteiligungsberechtigten ist damit geeignet, die befürchtete faktische Programmierungswirkung zu reduzieren.

Statt durch vorverlegte Beteiligungserfordernisse neue informelle Absprachen²⁾ ins Leben zu rufen und damit einer Flucht in die "brauchbare" Illegalität³⁾ Vorschub zu leisten, erscheint es deshalb als geringeres Übel, eine ohnehin nicht völlig auszuschließende faktische Programmierung⁴⁾ in Kauf zu nehmen und eine bindungsreduzierte Zusage ohne Beteiligungserfordernis anzuerkennen⁵⁾. Damit wird zugleich die Schwerfälligkeit und der befürchtete Effektivitätsverlust der Handlungsform Zusage bis hin zur Vernichtung jeder formellen Zusagepraxis vermieden.

Einseitige und vertragliche Zusagen können danach zwar ohne Beteiligung der Bürger und Träger öffentlicher Belange erteilt werden. Die Gemeinde muß jedoch die während der Planauslegung vorgetragenen

1) Siehe die erste Voraussetzung eines Ausgleichs defizitärer Abwägung nach den Grundsätzen des Flachglas-Urteils (BVerwGE 45, 309, 321).

2) Die Gefahr einer Absprache bereits vor Durchführung eines Beteiligungsverfahrens der Zusage sieht auch Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 180.

3) Niklas Luhmann, Funktionen, S. 313; ders., VerwArch. 55 (1964), S. 15; dazu Bohne, Rechtsstaat, S. 237; Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 227; zur "pragmatischen" Illegalität Wagener, VVDStRL 37 (1979), S. 243.

Zur brauchbaren Illegalität im Bauplanungsrecht Krautzberger nach Zoubek, DVBl. 1984, 602; Sender nach Zoubek, ebd., S. 598 Fn. 3.

Dieses Ergebnis deckt sich mit der neuerlich erhobenen Forderung, nicht nur die Planung, sondern auch die Instrumente der Sicherung und Durchsetzung der Bauleitplanung nicht unnötig zu komplizieren und keinen unnötigen Verwaltungsaufwand zu verursachen; so Schäfer/ Schmidt-Eichstaedt, DVBl. 1984, 591 These 2.

4) Eine gewisse faktische Programmierung liegt auch ohne Zusageerteilung dann vor, wenn die Gemeinde konkrete Bedürfnisse des § 1 Abs. 6 BBauG befriedigen will und daher ein bestimmtes Planergebnis zu erreichen sucht. Diese Programmierung ergibt sich aus der Aufgabenstellung städtebaulicher Planung und den realen Planungsbedürfnissen der Gemeinde bereits ohne Abgabe einer Zusage, durch die die Realisierungschancen der konkreten Zielvorgabe erhöht werden sollen.

5) Diese Lösung erlaubt der Gemeinde gleichwohl vor Zusageerteilung eine frühe Bürgerbeteiligung nach § 2 a Abs. 2 BBauG durchzuführen bzw. eine Zusage erst hiernach abzugeben.

Einwendungen sorgfältig daraufhin prüfen, ob eine Modifizierung der Planungskonzeption erforderlich wird und deshalb eine Bindung an die Zusage entfällt¹⁾.

2. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde

Da die Genehmigung nach § 11 BBauG²⁾ Voraussetzung zum Inkrafttreten eines Bebauungsplanes ist, stellt sich auch hier die Frage einer Vorverlegung des Genehmigungserfordernisses in das Zusageverfahren. Einer ohne diese Genehmigung erteilten Bauplanungszusage hat der BGH³⁾ die Verbindlichkeit abgesprochen, während das OVG Lüneburg⁴⁾ die Ansicht vertrat, "die Ungültigkeit einer solchen Verpflichtung" könne "nicht aus der Genehmigungspflicht von Bebauungsplänen hergeleitet werden".

Für die einseitige Zusage, der ein gesetzlich normiertes Verfahren fehlt, kann ein Mitwirkungserfordernis nicht schon dann erhoben werden, wenn für das Verfahren der zugesagten Maßnahme eine Mitwirkung anderer Behörden vorgesehen ist. Maßstab einer Vorverlegung im Einzelfall ist insbesondere Sinn und Schutzzweck des Mitwirkungsaktes selbst⁵⁾. Eine Mitwirkung bereits an der Zusageerteilung erscheint daher dann geboten, wenn die Funktion der Mitwirkung ohne ihre Vorverlegung nicht mehr erzielt werden kann.

Insoweit kann auf Überlegungen zurückgegriffen werden, die für ein Genehmigungserfordernis des Vertrages nach § 58 Abs. 2 VwVfG Anlaß gaben: Zum einen soll diese Norm die vertragsschließende Behörde vor Verpflichtungen schützen, die sie wegen eines Mitwirkungsvorbehalts einer anderen Behörde nicht erfüllen kann⁶⁾. Zum anderen soll § 58 Abs. 2 VwVfG die Kompetenzordnung wahren⁷⁾, soweit die freie Willensbildung einer Behörde infolge der Abhängigkeit von der Entscheidung einer anderen Behörde eingeschränkt ist⁸⁾.

Eine Mitwirkung auch an der Zusage erscheint danach dann geboten,

-
- 1) Von der Präzision dieser Prüfung und dem Willen der Gemeinde, sich vorbehaltlos mit den Einwendungen auseinanderzusetzen, hängt letztlich der Grad faktischer Programmierung ab, ein Problem, das sich jedoch auch ohne Zusageerteilung stellt.
 - 2) Abweichend von der Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde nach § 11 S. 1 BBauG haben einige Bundesländer die Zuständigkeit nach § 147 Abs. 3 BBauG durch Rechtsverordnung auf die Landkreise übertragen; vgl. Schlarmann, Verhältnis, S. 286 f.; zur Rechtmäßigkeit der Übertragung in Niedersachsen vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1983, 251.
 - 3) WM 1976, 453 (454) mit Hinweis auf BVerwG, DVBl. 1966, 857 (859, zu einer Beförderungszusage bei fehlender Zustimmung des Bundesministers der Finanzen).
 - 4) DVBl. 1978, 178 (zur vertraglichen Zusage).
 - 5) Fiedler, Funktion, S. 248.
 - 6) Vgl. Kopp, VwVfG, § 58 Rn. 1, 2, 6.
 - 7) Zur Gefahr von Kompetenzverschiebungen vgl. BVerfGE 32, 145 (156); 39, 96 (109); BVerwG, DÖV 1976, 319 (320); Bonk, VwVfG, § 58 Rn. 20.
 - 8) Bonk, ebd., Rn. 21.

wenn der Mitwirkungsakt einen Einfluß der anderen Behörde auf die zugesagte Entscheidung sichern soll, der ohne die Vorverlegung der Mitwirkung nicht mehr geltend gemacht werden kann.

a) Genehmigung zur Sicherung eines behördlichen Mitwirkungsrechts

Ein solcher Einfluß auf die Planungsentscheidung der Gemeinde stünde der Aufsichtsbehörde dann zu, wenn die Genehmigung nach §§11, 6 BBauG nicht nur eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit, sondern darüber hinaus der Zweckmäßigkeit kommunaler Planungsentscheidungen umfaßte. Aufsichtsbehördliche Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte könnten nach der Zusageerteilung zu spät kommen, um Eingang in die Planungsentscheidung zu finden. Welche Bedeutung und Funktion der Genehmigungsvorbehalt hat, unter den das Bundesbaugesetz die Wahrnehmung der gemeindlichen Aufgabe "Bauleitplanung" gestellt hat, bedarf näherer Prüfung.

Bei einer durch Genehmigungsvorbehalt eröffneten, staatlichen Einwirkungsmöglichkeit in den kommunalen Bereich ist zu trennen zwischen einer aufsichtsbehördlichen und einer selbstbeteiligten, "kondominialen" Genehmigung¹⁾. Bei einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung behält sich der Staat im Interesse des Beaufsichtigten nur eine präventive Rechtskontrolle im Sinne eines "Unbedenklichkeitszeugnisses"²⁾ vor. Hat der Staat demgegenüber bei der Genehmigung nicht nur die Interessen des Gliedes, sondern im Wege einer aktuellen, präventiven Beteiligung am recht- und zweckmäßigen Zustandekommen von Willenserklärungen seiner Glieder auch übergreifende oder eigene Interessen zu berücksichtigen, so ist die erteilte Genehmigung kein Aufsichtsakt, sondern ein staatlich-kommunales Kondominium³⁾. Voraussetzung dafür ist, daß das Zustandekommen eines Hoheitsaktes von einer zweifachen, übereinstimmenden Willensbildung in zwei verschiedenen Entscheidungszentren abhängig ist.

Anders als es die Lehre vom staatlich-kommunalen Kondominium fordert, regelt das Bundesbaugesetz die staatliche Mitwirkung an der kommunalen Bauleitplanung. Durch § 2 Abs. 1 BBauG wird die städtebauliche Planung dem eigenen Verantwortungsbereich der Gemeinde zugewiesen. Ein echtes Mitentscheidungsrecht staatlicher Verwaltungsbehörden bei der Aufgabenerfüllung im Einzelfall oder ein nach Zweckmäßigkeitserwägungen ausübender Genehmigungsvorbehalt wäre unvereinbar mit der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der städtebaulichen Planung durch die Gemeinden, wie das Bundesbaugesetz sie vorsieht⁴⁾. Eine echte, materielle Beteiligung des Staates durch Zweckmäßigkeitskontrolle kann es bei der weisungsfreien Pflichtaufgabe der gemeindlichen

1) Darstellung nach Weidemann, Staatsaufsicht, S. 49 f. m.w.N.

2) Salzwedel, AfK 1962, 204.

3) Köttingen, HdbKommWissPr. I, S. 219, auf den der Begriff zurückgeht.

4) Die Darstellung folgt insoweit Weidemann, Staatsaufsicht, S. 19 ff. m.w.N.

Bauleitplanung nicht geben. Nach ganz überwiegender Meinung handelt es sich daher bei der Genehmigungserteilung um eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle des Bebauungsplanes¹⁾.

Ihre Aufgabe und Zielsetzung einer reinen Rechtmäßigkeitskontrolle kann die staatliche Mitwirkung durch Genehmigungsvorbehalt nach § 11 BBauG auch dann erfüllen, wenn sie erst nach dem gefaßten Aufstellungsbeschluß ergeht. Eine Vorverlegung bereits auf den Zeitpunkt der Zusageerteilung ist insoweit nicht erforderlich²⁾.

b) Genehmigung zur Vermeidung einer Erfüllungsunmöglichkeit

Eine Mitwirkung der Aufsichtsbehörde an der Zusage wäre jedoch dann geboten, wenn der Gemeinde die Erfüllung der Zusage aufgrund einer von der Aufsichtsbehörde verweigerten Genehmigung des Planes unmöglich wäre.

Widerspricht der Bebauungsplan den Anforderungen des Bundesbaugesetzes oder ist er nicht ordnungsgemäß zustandegekommen, so wird die Genehmigung nach §§ 11, 6 Abs. 2 BBauG zu Recht versagt. Soweit sich die Fehlerhaftigkeit auf den Inhalt des Bebauungsplanes bezieht, ist die inhaltsgleiche Zusage nicht nur rechtswidrig, sondern nichtig³⁾; sie braucht daher ohnehin nicht erfüllt zu werden. Finden die Mängel dagegen nicht im materiellen Bereich, sondern im Aufstellungsverfahren ihren Grund, so kann die Gemeinde den zugesagten Bebauungsplan nach erneuter Verfahrensdurchführung wirksam erlassen; die Erfüllung ist ihr daher nicht unmöglich. Wurde der Bebauungsplan hingegen rechtmäßig erstellt, so besteht kein Versagungsgrund für die Genehmigung. In diesem Fall kann die Gemeinde ihren in der Planungshoheit verwurzelten Anspruch auf Erteilung der versagten Genehmigung klageweise gegen die Aufsichtsbehörde durchsetzen⁴⁾. Es besteht daher keine Gefahr einer Erfüllungsunmöglichkeit der Bebauungsplanzusage.

Da nach ihrem Sinn und Schutzzweck keine Vorverlegung der Genehmigung bereits an die Front der Bebauungsplanzusage erforderlich ist, kann die einseitige Zusage ohne Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde ergehen.

-
- 1) Grundlegend BVerwGE 34, 301 (304); seither ständige Rspr.; Bielenberg, BBauG, § 6 Rn. 11 f.; Gaentzsch, ÖffBauR, S. 50; Gelzer, BauPIR, Rn. 335; Grauvogel in: Kohhammer Kommentar, BBauG, § 6 Rn. 2; Hoppe, DVBl. 1964, 172 m.w.N. Fn. 60; ders., BauR 1970, 16; ders., ÖffBauBoR., Rn. 168, 425; Schrödter, BBauG, § 6 Rn. 4; Weidemann, ebd., S. 177 ff.; Wolff, VerwR II, § 86 IX d (S. 221); vgl. auch aus einem anderen Bereich Schnapp, BKK 1969, 200.
 - 2) Eine vorverlegte Genehmigung könnte ohnehin nur über Fragen der Rechtmäßigkeit des zugesagten Planinhalts entscheiden. Die Prüfung des ordnungsgemäßen Zustandekommens (vgl. § 6 Abs. 2 BBauG) müßte in der späteren Genehmigung des Planes erfolgen. Selbst wenn man das Genehmigungserfordernis vorverlagerte, wäre sie daher nicht überflüssig.
 - 3) S. 5. Kap. II. 4. und III.
 - 4) Dazu Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 447.

§ 58 Abs. 2 VwVfG, der eine Genehmigung des Vertrages vorschreibt, ist auf Grund dieser Erkenntnisse einschränkend auszulegen¹⁾. Einer Anwendung der Norm auf die vertragliche Planungszusage steht zwar nicht bereits entgegen, daß der Vertrag nicht "anstatt eines Verwaltungsaktes" geschlossen wird²⁾. Wie bei § 54 S. 2 VwVfG, an dessen Wortlaut sich die Norm anlehnt, wird damit lediglich das Subordinationsverhältnis umschrieben, das auch im Fall einer Verpflichtung zur Bauleitplanung vorliegt.

Der Verweis auf das Verwaltungsaktverfahren zeigt jedoch, daß der Gesetzgeber bei der Normierung nur das Verfahren des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes im Auge hatte³⁾. Der Schutzzweck der Norm⁴⁾ betrifft daher zwar Zusicherungsverträge, nicht jedoch die abweichende Konstellation des normgerichteten Zusagevertrages. Der Wortlaut des § 58 Abs. 2 VwVfG, der auf den Erlaß "eines Verwaltungsaktes, bei dessen Erlaß nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung... einer anderen Behörde erforderlich ist" abstellt, begrenzt den Anwendungsbereich der Norm. Da die Genehmigung nach § 11 BBauG nicht zu einem Verwaltungsaktverfahren, sondern zu einem Satzungsbeschluß erfolgt, ist § 58 Abs. 2 VwVfG nicht auf die vertragliche Bebauungsplanungszusage anzuwenden⁵⁾.

Einseitige und vertragliche Planungszusagen können daher ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde erteilt werden⁶⁾.

-
- 1) Zur Notwendigkeit angemessener Gesetzesauslegung s. 2. Kap. V. 3. d).
 - 2) So aber Ule/Laubinger, VwVfR, § 69 VI (S. 350) im Gegensatz zu den Ausführungen in § 67 II 1a (S. 332); dazu H. Meyer, VwVfG, § 58 Rn. 16.
 - 3) Vgl. auch die Selbstbeschränkung des Gesetzes in § 9 VwVfG
 - 4) S. 6. Kap. III. 2. vor a).
 - 5) Ebenso wie die Anwendung des § 58 Abs. 1 VwVfG wird die Anwendung des Abs. 2 auf Verpflichtungsverträge abgelehnt von Maurer, VerwR, Rn. 30; Ule/Laubinger, VwVfR, § 69 VI (S. 350); vgl. auch Bullinger, DÖV 1977, 816 (§ 58 VwVfG ohne Absatznennung); a.A. Braun/ v. Rotberg, VwVfG, § 58 Rn. 3; H. Meyer, VwVfG, § 58 Rn. 16; Wallerath, VerwR, § 8 III 4 (S. 233, für Analogie); ausdrücklich für eine Erstreckung auf Normsetzungsverträge Bonk, VwVfG, § 58 Rn. 28, 20.
 - 6) Der Gemeinde ist es unbenommen, die zuständige Rechtsberatungsstelle im Aufsichtsbereich vor Zusageerteilung anzurufen und den Inhalt der Zusage auf seine Rechtmäßigkeit prüfen zu lassen (vgl. BGH, NJW 1980, 826 (828). Wird - anders als hier vertreten - eine Genehmigung der Zusage für erforderlich gehalten, so bliebe für eine genehmigungslos erteilte Zusage der Weg, ihren Inhalt i.S. einer Anpassung an die Kompetenz umzudeuten (vgl. VGH BW, DVBl. 1965, 333 (335); Bank, ZBR 1964, 39; Fiedler, Funktion, S. 248). Die Verpflichtung, einen Bebauungsplan in Kraft zu setzen, kann danach umgedeutet werden in die rechtmäßige Verpflichtung, den Bebauungsplan als Satzung zu beschließen und der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen.

Siebentes Kapitel

Die prozessuale Durchsetzbarkeit der Zusagen

I. Vorfragen des Rechtsschutzes

Da die Zusage der Gemeinde dem Empfänger nach materiellem Recht einen Anspruch auf Erlaß eines Bebauungsplanes einräumt, stellt sich die Frage, ob und wie er diesen Anspruch prozessual durchsetzen kann.

1. Die Rechtsweggarantie

Soweit die Gemeinde ihrer Verpflichtung zum Satzungserlaß nicht oder nur unvollständig nachkommt, liegt ein Unterlassen des Normgebers vor¹⁾. Fraglich ist zunächst, ob Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gegen normatives Unterlassen garantiert. Das prozessuale Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet zwar Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt; umstritten ist jedoch, ob auch die Rechtsetzung dazu zu rechnen ist. Ausgeklammert werden kann zunächst die Frage, ob zur öffentlichen Gewalt auch das formelle Gesetz gehört²⁾, denn die Untersuchung ist auf die Frage nach dem Rechtsschutz bei untergesetzlicher Normsetzung beschränkt.

Das BVerfG hat in seinem Beschluß vom 27. Juli 1971³⁾ zu Bebauungsplänen offengelassen, ob die Rechtsweggarantie nicht zumindest den Rechtsweg gegen diese niederrangigen Rechtssätze eröffnet⁴⁾. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet danach zwar keinen bestimmten Rechtsweg, doch müssen beeinträchtigende, hoheitliche Maßnahmen in irgendeinem Verfahren überprüft werden können⁵⁾.

Wird Rechtsschutz gegen rechtswidrig erlassene Bebauungspläne in irgendeinem Verfahren garantiert, so umfaßt dies auch einen Rechtsschutz gegen das rechtswidrige Unterlassen eines Bebauungsplanes, sofern ausnahmsweise ein Anspruch hierauf besteht⁶⁾. Während jedoch beim positiven Rechtssetzungsakt die Möglichkeit eines mittelbaren Rechtsschutzes (Inzidentprüfung) durch Anfechtung der auf ihm beruhenden Verwaltungshandlung besteht, scheidet dieser vom BVerfG gewiesene,

1) Dazu Schenke, Rechtsschutz, S. 168 m.w.N. Fn. 5.

2) Die Frage wird vom BVerfG verneint (BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 25, 352 (365); vgl. auch BVerwGE 43, 261 f.), während sie in der Lit. überwiegend bejaht wird; Nachweise bei Schenke, Rechtsschutz, S. 28 ff; ders., JuS 1981, 82 Fn. 2.

3) BVerfGE 31, 364 (368 f.).

4) Ebenso vorher bereits BVerwG, DVBl. 1963, 441 (442); DÖV 1965, 169; OVG Berlin, OVG 8, 74 f.; OVG Lüneburg, OVG 19, 321 (324).

5) Ebenso BVerwG, NJW 1961, 2368 (für Zuweisung an ein besonderes Verwaltungsgericht).

6) Vgl. Obermayer, 10 Jahre VwGO, S. 158 f.

nicht unumstrittene Weg¹⁾ beim normativen Unterlassen aus²⁾. Besteht somit kein entsprechendes gerichtliches Verfahren zur Prüfung des Unterlassens des Normgebers, so fordert Art. 19 Abs. 4 GG eine prinzipale Entscheidung über den Rechtssetzungsanspruch und damit eine Normenerlaßklage³⁾.

Die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes wird ferner indiziert durch die Existenz eines auf Erlaß des Bebauungsplanes gerichteten subjektiven Anspruchs⁴⁾. Ein solcher Anspruch mag zwar selten sein⁵⁾. Wo jedoch eine echte subjektive Berechtigung auf Erlaß eines Bebauungsplanes besteht, ist sie per se justiziabel⁶⁾, denn die dem Anspruch immanente Rechtsmacht kann nur in der Befugnis des Rechtsinhabers gesehen werden, diese gerichtlich durchzusetzen⁷⁾.

Aufgabe des Rechtsstaatsprinzips wie der Rechtsweggarantie ist es, umfassenden und effektiven Rechtsschutz zu gewähren gegen jedes Handeln der Verwaltung, also auch bei deren Normsetzung⁸⁾, soweit es eine individuelle Rechtsverletzung zur Folge haben kann⁹⁾. Besteht somit ein Anspruch auf das Handeln des exekutivischen Normgebers und stellt sich sein Unterlassen als Rechtsverletzung des Anspruchsinhabers dar, so ergibt sich ein gerichtlich durchsetzbarer Normsetzungsanspruch als konsequente Folgerung aus der Gewährleistung umfassenden Gerichtsschutzes¹⁰⁾.

1) Vgl. die Kritik an BVerfGE 31, 364 ff. durch Blümel, DVBl. 1972, 124 f.; Fingerhut, Gemeindenachbarklage, S. 137 ff.; Hoppe/Rengeling, Bauleitplanung, S. 47; v. Mutius, VerwArch. 63 (1972), S. 207 ff.; Umbach, DVBl. 1971, 743; Zuck, Recht, D Rn. 94 (S. 243).

2) v. Barby, Diss., S. 113; ders., DVBl. 1974, 816; Bettermann, FS Nipperdey II, S. 732; Papier, Fälle, S. 65; Schenke, Rechtsschutz, S. 172; Westbomke, Anspruch, S. 126 f.; Zuck, ebd., D 87 (S. 240); ebenso für den interkommunalen Bereich, Fingerhut, ebd., S. 139.

3) v. Barby, Diss., ebd.; Schenke, ebd.; Westbomke, ebd.
Der Wille des Verfassungsgebers, umfassender Rechtsschutz zu gewähren, bedurfte solange keiner Einbeziehung von Satzungen, wie von der Prämisse ausgegangen wurde, jedem Normerlaß folge ein Normvollzug. Wenn sich die insoweit konsequente Verweisung auf Inzidenterrechtsschutz jedoch als unzureichend herausstellt, muß dies Auswirkungen auf die teleologische Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG haben, so daß auch der Bebauungsplan zur "öffentlichen Gewalt" zu rechnen ist; Fingerhut, ebd., S. 140.

Württemberg (AöR 105 (1980), S. 391) stellt primär auf die Formwahlfreiheit der Verwaltung im untergesetzlichen Bereich ab. Würde der Schutz gegen die vollziehende Gewalt von der Rechtsform abhängig gemacht, wäre es der Verwaltung möglich, durch die Wahl der Aktionsform die Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu unterlaufen; so auch Kuffer, Diss., S. 59.

4) Schenke, Rechtsschutz, S. 170.

5) Ebd., S. 174; Bachof, VerfR I, S. 245.

6) Renck, JuS 1982, 341, verweist auf die Gefahr eines Zirkelschlusses. Die Rechtsschutzgarantie könne nicht aus einem Normerlaßanspruch abgeleitet werden, der selbst aus Art. 19 Abs. 4 GG gewonnen wurde.

7) Schenke, Rechtsschutz, S. 171.

8) BVerfGE 35, 401; 40, 275 m.w.N.

9) Württemberg, AöR 105 (1980), S. 393.

10) Ebenso im Ergebnis Bachof, VerfR I, S. 246; v. Barby, Diss.,

2. Das Gewaltenteilungsprinzip

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Normsetzung werden aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung vorgebracht¹⁾. Diesem tragenden Organisationsgrundsatz des Grundgesetzes zur Folge, der in Art. 20 Abs. 2 GG festgelegt ist²⁾, hat jede Gewalt die Handlungen der anderen Gewalten zu beachten und kann sie nicht aufheben³⁾. Die Judikative darf legislative und exekutive Rechtsakte zwar kontrollieren, sie darf jedoch die Befugnis einer fremden Gewalt nicht selbst wahrnehmen. Gerichte dürfen einem Anspruch des Bürgers zur Durchsetzung verhelfen, ihn aber nicht selbst erfüllen⁴⁾.

Wird in einer gerichtlichen Entscheidung die Verpflichtung der Gemeinde zum Erlaß eines Bebauungsplanes ausgesprochen, so kann hierin ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip liegen.

Der Hinweis auf den formellen Rechtsnormcharakter des Bebauungsplanes vermag zunächst jedoch noch keine grundsätzlichen Bedenken aus dem Gewaltenteilungsprinzip zu begründen. Verpflichtet ein Gericht die Verwaltung zum Erbringen einer Leistung, so liegt darin kein Eingriff der Judikative in die Befugnis der Exekutive, wenn die Verwaltung zum Tätigwerden verpflichtet ist (§ 113 Abs. 4 S. 1 VwGO). Bei Existenz eines Handlungsgebotes setzt das Gericht nicht selbst Recht, sondern hält sich, soweit es das Gebot bestätigt, in dem ihm zugewiesenen Funktionsbereich.

Bebauungspläne aufzustellen ist zwar Aufgabe der Gemeinde; verpflichtet sie sich jedoch hierzu durch wirksame Zusageerteilung, deren Erfüllung sie unterläßt, so verletzt sie Recht. Rechtsverletzungen festzustellen ist aber Aufgabe der Gerichte; ihnen steht es zu, über die Rechtsfrage zu entscheiden, ob und wie die Zusage zu erfüllen ist⁵⁾.

Der Vorwurf, Gerichte seien zur Rechtsprechung und nicht zur Recht-

S. 109 ff.; Birk, NJW 1977, 1800; Degenhart, BayVBl. 1979, 295 f.; Obermayer, 10 Jahre VwGO, S. 158 f.; ders., DVBl. 1965, 633; ders., Staatsrecht, S. 405; Renck, JuS 1982, 341; Schenke, Rechtsschutz, S. 169 ff.; Soell/Martin, BayVBl. 1978, 658; Westbomke, Anspruch, S. 126 f.; Württenberger, AöR 105 (1980), S. 391 ff.

Das Ergebnis entspricht der Aussage von BVerfGE 10, 264 (267), wonach "kein Akt der Exekutive, der in Rechte" der Handlungsbeoffenen eingreift, "richterlicher Nachprüfung entzogen werden" darf, denn auch beim Erlaß eines Bebauungsplanes handelt es sich um einen solchen Akt; Bettermann, AöR 96 (1971), S. 532 Fn. 11; Fingerhut, Gemeindenachbarklage, S. 141.

1) HessVGH, ESvGH 22, 224; DÖV 1983, 385 (386); OVG Münster, NJW 1982, 1415; Urt. v. 30.6.1981 - 18 A 1870/80 (unveröff.); VGH BW, Beschl. v. 19.9.1980-9 S 1762/80 (unveröff.); vgl. auch Merten, DVBl. 1970, 702; Plagemann, WM 1979, 800; Zuleeg, DVBl. 1970, 160 m.w.N.

2) BVerfGE 2, 1 (13); 3, 225 (247). Gleichwohl normiert Art. 20 GG nur einen Ausschnitt des klassischen Gewaltenteilungsprinzips; Schnapp, Art. 20 Rn. 34.

3) Wolff, VerwR I, § 20 IV a.

4) Jank, Diss., S. 81.

5) v. Barby, Diss., S. 86.

setzung befugt¹⁾, trifft die Normerlaßklage also nicht: Hier geht es nicht um Schaffung neuen, sondern um die Anwendung bestehenden Rechts²⁾. Wird nach Erhebung einer Verpflichtungsklage ein Rechtsanspruch auf Vornahme eines Verwaltungsaktes zuerkannt, so übt das Gericht damit ebensowenig Verwaltung aus, wie es bei einer Entscheidung über einen Satzungselaßanspruch Rechtsetzung vornimmt³⁾.

Die Befugnis zur Verurteilung hängt somit nicht davon ab, ob die Exekutive normausführend oder normsetzend tätig geworden ist, so daß es unter dem Blickwinkel der Gewaltenteilung unerheblich ist, ob die Entscheidung einen Verwaltungsakt oder eine untergesetzliche Norm zum Gegenstand hat⁴⁾. Liegt eine wirksame Zusage vor, so ist das Gewaltenteilungsprinzip nicht verletzt, wenn ein Gericht ausspricht, daß die Pflicht der Gemeinde zur Planaufstellung besteht.

Eine gesteigerte Zurückhaltung gebietet das Gewaltenteilungsprinzip jedoch der Legislative, soweit es darum geht, die Gestaltungsfreiheit anderer Gewalten zu erhalten. Der Judikative steht daher bei einem Unterlassen der Legislative oder Exekutive lediglich die Feststellung zu, daß eine Maßnahme zu erlassen ist, nicht hingegen, wie diese zu gestalten ist⁵⁾. Den Inhalt der Maßnahme zu bestimmen ist nicht Aufgabe der Judikative, sondern gehört zum Kompetenzbereich von Legislative und Exekutive.

Das Verwaltungsgericht verpflichtet deshalb lediglich die Verwaltungsbehörde zum Erbringen einer Leistung, soweit dieser kein Gestaltungsspielraum (Ermessen) zusteht. Würde das Gericht die Behörde zum Erlaß einer im Ermessen stehenden Maßnahme verpflichten⁶⁾, so würde sie sich eine der Exekutive vorbehaltene Entscheidung anmaßen und damit gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz verstoßen⁷⁾.

Gleichwohl kann das Gericht ein Bescheidungsurteil (§ 113 Abs. 4 S. 2 VwGO) erlassen. Kommt angesichts der konkreten Umstände des Falles ferner nur eine einzige Entscheidung in Betracht (Ermessensreduzierung auf Null), so kann das Gericht die Behörden sogar verpflichten, eine bestimmte Amtshandlung vorzunehmen⁸⁾. Gestaltungsfreiheit hindert

1) Eyermann, BayVBl. 1974, 243; i.E. auch Kopp, VwGO, § 47 Rn. 9 m.w.N.; ähnlich bereits BVerfGE 1, 97 (100); BVerwGE 43, 261 (262).

2) v. Barby, Diss., S. 86.

3) Schenke, Rechtsschutz, S. 173 Fn. 23; ähnlich Renck, JuS 1982, 341, 343.

4) Jank, Diss., S. 82.

5) v. Barby, Diss., S. 88. Auch das BVerfG sieht danach keinen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip in dem Ausspruch, daß eine Norm zu erlassen ist, solange es zur Wahrung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit den genauen Gesetzeswortlaut offen läßt.

6) Vgl. § 114 VwGO.

7) Dazu Jank, Diss., S. 82.

8) Für den Bereich der Legislative BVerfGE 15, 121 (125): "Ein Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers" entfalle jedoch, wenn von der Vielzahl möglicher Normgestaltungen "überhaupt nur die eine Regelung möglich wäre", denn hier besteht keine Freiheit des Gesetzgebers mehr. Dazu v. Barby, ebd., S. 89 ff.; s. auch Schenke, Rechtsschutz, S. 182 f.

also nicht grundsätzlich eine gerichtliche Entscheidung¹⁾. Wo kein Gestaltungsspielraum (mehr) existiert, ist auch keine gesteigerte Zurückhaltung der Judikative geboten²⁾.

Die Gestaltungsfreiheit der Gemeinde beim Aufstellen eines Bebauungsplanes bezieht sich einerseits darauf, ob sie überhaupt einen Bebauungsplan aufstellen will, andererseits auf die inhaltliche Ausgestaltung dieses Planes, so daß für eine gerichtliche Entscheidung grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist. Auch dort, wo ein Aufstellungsanspruch aus Grundrechten besteht, wie ihn Westbomke³⁾ nachgewiesen hat, kann das Gericht regelmäßig nur über die grundsätzliche Verpflichtung der Gemeinde entscheiden. Würde es auch über den Inhalt des Planes entscheiden, so müßte es infolge fehlender gemeindlicher Planungskonzeption eine eigene gestalterische Entscheidung fällen und damit gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen.

Verpflichtet das Gericht demgegenüber eine Gemeinde zur Aufstellung eines Bebauungsplanes mit konkretem Inhalt aufgrund einer wirksamen Zusage, so beruht diese Entscheidung nicht auf der gestalterischen Vorstellung des Gerichts, sondern der Gemeinde selbst. Das Gericht maßt sich hier keine fremde Kompetenz an, sondern entscheidet über die Wirksamkeit des Anspruchs, den die Gemeinde durch Zusage innerhalb ihrer Planungskompetenz selbst eingeräumt hat. Darin kann kein Eingriff in die Freiheit der Exekutive gesehen werden.

Dieses Ergebnis läßt sich auch aus der Parallelität zur Ermessensreduzierung begründen. Durch die Zusage der Gemeinde schrumpft ihr Gestaltungsspielraum auf Null, so daß jeder Spielraum hinsichtlich der Planaufstellung fortgefallen ist, soweit die Zusage reicht⁴⁾. Da auch im Fall der Ermessensschrumpfung eine gerichtliche Entscheidung nicht in die Freiheit der Exekutive eingreift, verletzt eine Entscheidung über die Planaufstellungspflicht ebensowenig die Gestaltungsfreiheit der Gemeinde und damit das Gewaltenteilungsprinzip⁵⁾.

Stehen danach einer Normerlaßklage keine grundsätzlichen Bedenken aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz entgegen, so bleiben die Konsequenzen für die Form des Rechtsschutzes zu klären. Unterläßt die Gemeinde die Aufstellung eines Bebauungsplanes, bestehen drei denkbare Alternativen. Das Gericht könnte

1) v. Barby, Diss., S. 115.

2) Jank, Diss., S. 82 f.

3) Anspruch, S. 112 ff.

4) So schon Stettner, AöR 102 (1977), S. 570; a.A. Plagemann, WM 1979, 800.

5) Im Ergebnis ebenso v. Barby, Diss., S. 84 ff.; Jank, Diss., S. 81 ff.; Renck, JuS 1982, 341, 343; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 399; a.A. Birk, NJW 1977, 1799 f. (differenzierend); Plagemann, WM 1979, 800.

- den Bebauungsplan selbst erlassen,
- im Rahmen einer anhängigen Verpflichtungsklage auf Erlass einer Baugenehmigung mittelbar vom Bestehen eines Bebauungsplanes ausgehen¹⁾ oder
- die Gemeinde zum Erlass eines Bebauungsplanes verurteilen, zumindest ihre Verpflichtung hierzu feststellen.

Die beiden ersten Alternativen würden nach den Ausführungen zum Gewaltenteilungsprinzip eine unzulässige Anmaßung einer der Judikative nicht zustehenden Kompetenz darstellen²⁾. Selbst wenn die Gemeinde bei der Gestaltung der Norm ausnahmsweise keinen Freiraum mehr besitzt, kann in der Regel nur eine prinzipale Entscheidung über den Anspruch auf den Erlass eines Bebauungsplanes in Betracht kommen³⁾. Da vor Aufstellung des Planes kein Anspruch auf die in ihm festgelegten Begünstigungen besteht, darf das Gericht den Erlass eines Planes nicht inzidenter unterstellen⁴⁾. Auch bei einem Anspruch auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes darf das Gericht die Begünstigung nicht ohne vorherigen Erlass des Verwaltungsaktes aussprechen⁵⁾.

Für die Normerlaßklage kann daher nur eine prinzipale Entscheidung über den Rechtsetzungsanspruch im Sinne der dritten Alternative in Betracht kommen. Der Anspruch auf Erlass eines Bebauungsplanes ist damit grundsätzlich im Wege einer solchen Normerlaßklage durchsetzbar⁶⁾.

1) Vgl. OVG Berlin, DVBl. 1970, 700; dazu auch v. Barby, Diss., S. 96 f.; Papier, Fälle, S. 65.

2) Schenke, Rechtsschutz, S. 175.

3) Ebd., S. 175 f.

4) Ebd., S. 176 f.

5) Ebd., S. 177. Das Verfahren einer Inzidenterfeststellung muß auch schon deshalb ausscheiden, weil dadurch der Satzungserlaßanspruch selbst nicht Streitgegenstand wird. Wird die Verpflichtung jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens, so bleibt ungesichert, ob die Satzung jemals ergeht; Schenke, ebd., S. 176 Fn. 33.

6) Für die Zulässigkeit einer solchen Klage auch Birk, NJW 1977, 1800; Degenhart, BayVBl. 1979, 295 f.; Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 57 f.; Stettner, AöR 102 (1977), S. 567 f.; Westbomke, Anspruch, S. 126 ff.; allg. für Normen BayVGh, BayVBl. 1975, 168; BayVBl. 1980, 210 f.; HessVGh, DVBl. 1978, 175 f. (Normergänzungsklage); OVG Berlin, DVBl. 1970, 700; OVG Münster DVBl. 1974, 813 f.; Bachof, VerfR I, S. 245 f.; ders., VerfR II, S. 142 f. (verfehlt, den Rechtsanspruch an prozessualen Erwägungen scheitern zu lassen); v. Barby, Diss., S. 83 ff.; ders., DVBl. 1974, 816 f.; Bartelsperger, DVBl. 1967, 373; Bittermann, FS Nipperdey II, S. 732; Maurer, FS Eduard Kern, S. 312 Fn. 118; Obermayer, DVBl. 1965, 632 f.; ders., 10 Jahre VwGO, S. 158 f.; ders., Grundzüge, S. 282 f.; ders., Staatsrecht, S. 405; Papier, Fälle, S. 65; Renck, JuS 1982, 341, 343; Schenke, Rechtsschutz, S. 332 ff.; Schneider, DVBl. 1966, 800; Soell/Martin, BayVBl. 1978, 656; Werner, BayVBl. 1976, 712 f.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 371 ff.; ders., BayVBl. 1980, 662 f.; a.A. für den Bebauungsplan HessVGh, ESVGH 22, 224; Plagemann, WM 1979, 800; Weidemann, Staatsaufsicht, S. 130 f.; allg. für Normen BVerwGE 13, 328 (329); 43, 261 (262); OVG Münster, OVGE 19, 192 (195); Eyer mann, BayVBl. 1974, 243; Kopp, VwGO, § 47 Rn. 9; Menger, VerwArch. 52 (1961), S. 420 Fn. 44; Merten, DVBl. 1970, 701 f.; Tschira/Schmitt-Glaeser, VerwPrR, § 32 III 7; Zuleeg,

II. Rechtsweg und Klageart

1. Der Verwaltungsrechtsweg

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten steht einer Klage auf Erlaß eines Bebauungsplanes nach § 40 VwGO offen, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegt, die keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

Da einseitige und vertragliche Planungszusagen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, handelt es sich bei einer Klage auf Erfüllung der Zusagen um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit¹⁾.

Verfassungsrechtlicher Art ist diese Streitigkeit, wenn sie entweder ausdrücklich einem Verfassungsgericht zugewiesen ist oder ihrem Wesen nach verfassungsrechtlich ist.

Eine ausdrückliche Zuweisung findet sich nicht in dem abschließenden Katalog der Art. 93 GG, § 13 BVerfGG²⁾. Ihrem Wesen nach verfassungsrechtlich ist eine Streitigkeit, wenn sie die Rechtsbeziehungen von Verfassungsorganen oder am Verfassungsleben Beteiligten betrifft und die Auslegung und Anwendung der Verfassung zum Kern hat oder das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geformt ist³⁾.

Eine Streitigkeit geht ihrem Kern nach um die "Auslegung und Anwendung der Verfassung", wenn sich der geltend gemachte Anspruch aus einem "materiellen Verfassungsrechtsverhältnis" ergibt⁴⁾. Diese Voraussetzung erfüllt ein Anspruch auf Planerlaß aus einseitigen und vertraglichen Zusagen jedoch nicht.

Die Streitigkeit könnte gleichwohl eine entscheidend verfassungsrechtliche Prägung dadurch erhalten, daß das Klagebegehren auf einen Eingriff in die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinde zielt. Einen daraus abzuleitenden verfassungsrechtlichen Charakter hätte die Streitigkeit aber nur, wenn sie auf eine Verpflichtung des formellen Gesetzgebers zur Normsetzung gerichtet wäre⁵⁾. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß das demokratisch legitimierte Parlament aufgrund seiner Stellung im Verfassungsleben nur der Kontrolle eines gleichrangigen Organs, dem Verfassungsgericht, unterworfen sein soll⁶⁾. Keine Geltung kann dieses

DVBl. 1970, 160 ff.; Zulässigkeit offen gelassen OVG Münster, NJW 1982, 1415; de lege ferenda bejaht Kopp, BayVBl. 1977, 518.

- 1) HessVGH, ESVGH 22, 224; für Verordnungen OVG Münster, NJW 1982, 1415; BayVGH, BayVBl. 1980, 209 ff.; v. Barby, Diss., S. 7; Jank, Diss., S. 72 ff.; Renck, JuS 1982, 341; Schenke, Rechtsschutz, S. 333; Westbomke, Anspruch, S. 127.
- 2) Dazu v. Barby, ebd., S. 8 ff. (Prüfung und Ablehnung der Normerlaßklage als verfassungsrechtliche Streitigkeit nach §§ 92, 95 Abs. 1 BVerfGG, Art. 100 Abs. 1 GG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG).
- 3) BVerwGE 24, 272 (279 m.w.N.); OVG Münster, OVG 29, 218 f.; NJW 1980, 137; NJW 1982, 1415.
- 4) OVG Münster, NJW 1982, 1415.
- 5) Vgl. Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 382 f.; kritisch dazu Renck JuS 1982, 341.
- 6) So Schenke, Rechtsschutz, S. 334, 337 ff. Zu seiner These einer ver-

Argument für Satzungen als untergesetzliche Normen haben, da ihr Erlaß zum Aufgaben- und Kompetenzbereich der Exekutive gehört¹⁾ und damit besonderer demokratischer Legitimation entbehrt²⁾.

Gegen die Qualifikation als maßgeblich vom Verfassungsrecht geprägte Streitigkeit spricht des weiteren zum einen, daß die Verwaltungsgerichte in eigener Kompetenz auch über die Frage der Verfassungsmäßigkeit von untergesetzlichen Normen entscheiden können³⁾. Zum anderen folgt dies aus § 47 Abs. 1 VwGO, wonach die Überprüfung der Bauungspläne und der untergesetzlichen, landesrechtlichen Rechtsvorschriften den Oberverwaltungsgerichten übertragen worden ist⁴⁾. Dies indiziert, daß die untergesetzliche Normenkontrolle Aufgabe der Verwaltungsgerichte und nicht der Verfassungsgerichte ist. Gleiches hat zu gelten für die gerichtliche Kontrolle des Satzungsgebers in Fällen eines Anspruchs auf Erlaß einer Satzung, sofern dahingehende Kontrolle überhaupt anerkannt wird⁵⁾. Die Streitigkeit ist also nicht entscheidend vom Verfassungsrecht geformt.

Im übrigen fehlt es bei einem Anspruch eines einzelnen daran, daß grundsätzlich beide Parteien einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit Verfassungsorgane oder am Verfassungsleben Beteiligte sein müssen⁶⁾. Der Rechtsschutz des Bürgers gehört mit Ausnahme des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch die Verfassungsbeschwerde grundsätz-

fassungsrechtlichen Streitigkeit kritisch Würtenberger, ebd., S. 381 f.; Renck, ebd.

1) BVerfGE 32, 346 (361). Da "die zweite Gewalt durch die Verwaltungsgerichte" kontrolliert wird (vgl. schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses über den Entwurf VwGO, BT-Drs. 3/1094, S. 2), kann schon hieraus die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte geschlossen werden; Jank, Diss., S. 73 f.

2) OVG Münster, NJW 1982, 1415 m.w.N.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 381 f.

3) Vgl. BVerfGE 17, 208 (209 f.); 31, 357 (362).

4) So schon OVG Münster, NJW 1982, 1415; v. Barby, Diss., S. 19 f.; Jank, Diss., S. 75 f.; Westbomke, Anspruch, S. 128; vgl. auch BayVGH, BayVBl. 1975, 168; a.A. Schenke (Rechtsschutz, S. 334; JuS 1981, 86), der aus § 47 Abs. 2 S. 1 2. Alt. VwGO schließt, daß die Normenkontrolle eine Erweiterung des Verwaltungsrechtswegs über § 40 VwGO hinaus darstellt, was als Indiz gegen die Zulässigkeit einer Klage vor den Verwaltungsgerichten zu werten sei. Die Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist jedoch durch die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begrenzt, da sie eine nicht verfassungsrechtliche Streitigkeit nach § 40 VwGO voraussetzt ("im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit"); dazu VGH BW, DÖV 1978, 848; OVG Lüneburg, DVBl. 1980, 369; Besler, Diss., S. 84 ff. Gegen die Überlegung aus § 47 VwGO läßt sich auch kein durchgreifendes Argument aus der besonderen Ausgestaltung des Verfahrens (Notwendigkeit der Übernahme durch die Länder) ableiten, der hier Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte im Vordergrund standen; Jank, Diss., S. 75 f.

5) OVG Münster, NJW 1982, 1415 m.w.N.

6) Zu diesem Erfordernis bereits BVerfGE 1, 208 (221), das unter Bezugnahme auf Thoma (AöR 43 (1922), S. 283) zur Abgrenzung auf die streitenden Subjekte abstellt; dazu Westbomke, Anspruch, S. 127 m.w.N. Fn. 7.

lich nicht zur materiellen Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁾.

Da die Streitigkeit somit nicht verfassungsrechtlicher Art ist und eine anderweitige Spezialzuweisung nicht ersichtlich ist, steht für die Durchsetzung des Anspruchs auf Erlass eines Bebauungsplanes der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten offen²⁾. Damit stellt sich die Frage nach der geeigneten Klageart.

2. Das Verfahren analog § 47 VwGO

Als Verfahren zur Durchsetzung des Anspruchs muß zunächst eine direkte Anwendung des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO ausscheiden, da dieses nach Abs. 1 und 6 eine bereits bestehende Norm voraussetzt³⁾. Im Normenkontrollverfahren kann nur über die Gültigkeit oder Nichtigkeit erlassener Normen entschieden werden, nicht aber über die Verpflichtung zur Rechtsetzung.

Dieses Klageziel könnte mit einer analogen Anwendung des § 47 VwGO erreicht werden, ein Vorschlag, der vom BayVG⁴⁾ und einer Meinung innerhalb des Schrifttums⁵⁾ vertreten wird.

a) Zur Notwendigkeit einer inter omnes-Wirkung

Als Argument für diese Ansicht wird angeführt, daß eine Normenleistungsklage inter omnes - Wirkung entfalten müsse. Während diese Wirkung bei der Feststellungs- und allgemeinen Leistungsklage fehle, sei die erforderliche Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung nur im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 S. 2 VwGO gegeben⁶⁾.

1) Renck, JuS 1982, 341 m.w.N.; Jank, Diss., S. 73 (eine Streitigkeit zur Durchsetzung eines Individualrechts sei nichtverfassungsrechtlicher Art) m.w.N. Fn. 172.

2) Im Ergebnis zutreffend war deshalb die Entscheidung des BayVerfGH (DVBl. 1966, 798), die eine Verfassungsbeschwerde mit dem Ziel einer Bebauungsplanaufstellung als unzulässig abwies, die Frage einer verwaltungsgerichtlichen Normenerlaßklage aber offenließ.

Im Ergebnis wie hier BayVG, BayVBl. 1975, 168; BayVBl. 1980, 209 (211); HessVG, ESVGH 22, 224; OVG Münster, NJW 1982, 1415; v. Barby, Diss., S. 8 ff.; Renck, JuS 1982, 341; Schrödter, BBauG, § 10 Rn. 6; Westbomke, Anspruch, S. 128; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 381 f.; a.A. Kalkbrenner, DÖV 1963, 51; König, DVBl. 1963, 81; Merten, DVBl. 1970, 702; insbesondere Schenke, Rechtsschutz, S. 333 ff., der für eine Verfassungsbeschwerde plädiert (ebd., S. 337).

3) BayVG, Beschl. v. 6.10.1981-Nr. 2 N 81 A 1106 (unveröff.); v. Barby, DVBl. 1974, 817; ders., Diss., S. 123 m.w.N. Fn. 1; Rasch, BauR 1981, 419; Westbomke, Anspruch, S. 128; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 388; vgl. auch BayVerfGH, DVBl. 1966, 798.

4) BayVG, BayVBl. 1975, 168 (169); BayVBl. 1980, 209 (211); auch HessVG, DVBl. 1978, 175.

5) Bartelsperger, DVBl. 1967, 373; Obermayer, 10 Jahre VwGO, S. 158 f.; Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 58; Werner, BayVBl. 1976, 712; i.d.S. auch Knemeyer, BayVerwR, S. 43 f.; lediglich als Möglichkeit erwähnt von Battis, ÖffBauRoR, S. 194.

6) BayVG, BayVBl. 1980, 209 (211); Knemeyer, BayVerwR, S. 43; Merten, DVBl. 1970, 702; i.d.S. auch Obermayer, ebd.

Bei der gerichtlichen Normenkontrolle hat eine den Klageantrag abweisende Entscheidung nur inter partes - Wirkung¹⁾. Demgegenüber muß die antragsgemäße Feststellung der Nichtigkeit der Norm nach § 47 Abs. 6 S. 2 VwGO allgemeinverbindlich sein²⁾, da eine relative Normungültigkeit ein Widerspruch in sich wäre.

Im Gegensatz dazu fehlt beim Normerlaßverfahren der Sachzwang zur allgemeinverbindlichen Entscheidung³⁾. Wird die Klage abgewiesen, so steht nur zwischen den Beteiligten fest, daß die Verpflichtung zum Erlaß des Bebauungsplanes nicht besteht. Es widerspräche allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts, hier eine Allgemeinverbindlichkeit anzunehmen, denn diese Entscheidung soll einen späteren Kläger nicht hindern, erneut Klage zu erheben⁴⁾. Im Falle einer stattgebenden Entscheidung würde sich das Problem der inter omnes-Wirkung nur stellen, wenn das Gericht den Bebauungsplan selbst erlassen wollte. Dieses Verfahren widerspräche jedoch - wie dargestellt - dem Gewaltenteilungsprinzip⁵⁾, wonach das Gericht die Verwaltung lediglich zum Erlaß des Bebauungsplanes verpflichten darf⁶⁾.

Bei einer Normerlaßklage geht es um die Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Normgeber, die durch eine gerichtliche Entscheidung geregelt werden soll, die nur zwischen ihnen Wirkung entfaltet⁷⁾. Wird die beklagte Gemeinde verpflichtet, einen Bebauungsplan aufzustellen, und kommt sie dem nach, so wird die erlassene Satzung per se allgemeinverbindlich⁸⁾. Die gerichtliche Entscheidung selbst zeitigt also noch keine generelle Wirkung⁹⁾. Da der auf Intervention des einzelnen erwirkte Bebauungsplan ohnehin für jedermann gilt, besteht nicht das Problem relativer Norm(un)gültigkeit.

Sowohl für das Rechtsschutzbegehren des Klägers, wie für die Sicherung einer rechtmäßigen Normenkonkretisierung genügt eine inter partes - Wirkung¹⁰⁾. Der Bürger erreicht den Erlaß des Bebauungsplanes, auf den

1) Die angegriffene Norm ist von den Beteiligten (§ 63 VwGO) als gültig anzusehen; so OVG Berlin, NVwZ 1983, 164; m.w.N. Kopp, VwGO, § 47 Rn. 74.

2) Kopp, VwGO, § 47 Rn. 63 m.w.N.; Würtenberger, BayVBl. 1980, 663.

3) Renck, JuS 1982, 343; Westbomke, Anspruch, S. 134; Würtenberger, ebd.

4) v. Barby, Diss., S. 106 f.; ders., DVBl. 1974, 817.

5) Ebenso entstände ein Widerspruch zu den Grundsätzen der Verwaltungsgerichtsordnung (§§ 113 Abs. 4, 172 VwGO), die Ausdruck dieses Prinzips sind.

6) v. Barby, ebd.; ihm folgend Westbomke, Anspruch, S. 135 Fn. 57, der die Unterscheidung zwischen der Verpflichtung der Behörde durch ein Urteil und die nachfolgende Ausführung durch Erlaß der Norm herausstellt (unter Ablehnung von König, DVBl. 1963, 81).

7) Ebd.; Schenke, Rechtsschutz, S. 333 Fn. 10; Würtenberger, BayVBl. 1980, 663 m.w.N.

8) Westbomke, ebd., S. 135.

9) Verbleibt der Gemeinde - wie regelmäßig - ein Gestaltungsspielraum, so müßte ein Normerlaßurteil als Bescheidungsurteil ergehen, so daß ohnehin keine inter omnes-Wirkung vorliegen kann; Würtenberger, ebd.

10) Ebd.

er einen Anspruch hat. Gegenteilige, von anderen Bürgern initiierte Entscheidungen stehen dem nicht entgegen. Durch sie wird die Gemeinde nicht gehindert, wegen der Verurteilung in dem zweiten Verfahren auch das Grundstück des ersten Klägers in den Bebauungsplan einzubeziehen¹⁾. Somit fehlt das Bedürfnis einer inter omnes-Wirkung der gerichtlichen Entscheidung, das Prämissen der Argumentation für eine analoge Anwendung des § 47 VwGO ist.

b) Zur Notwendigkeit einer Entscheidungskonzentration

Als Grund für eine Analogie wird auch auf die Notwendigkeit einer Entscheidungskonzentration²⁾ hingewiesen: Wegen der engen Verwandtschaft zwischen Rechtsschein vernichtendem Normenkontrollverfahren und Recht schaffender Normenerlaßklage müsse für beide Verfahren das OVG sachlich zuständig sein³⁾. Würde für die Entscheidung über die Normsetzung das einfache Verwaltungsgericht zuständig sein, während über die bestehende Norm das OVG entscheidet, bestünde die Gefahr divergierender Entscheidungen⁴⁾. Um dieses zu vermeiden, sei die Konzentration der Entscheidung bei einem qualifizierten, mit besonderer Sachkenntnis ausgewiesenen Spruchkollegium geboten⁵⁾, so daß das OVG auch für Fragen des Erlasses einer Norm die alleinige Entscheidungszuständigkeit besitzen müsse⁶⁾.

Verpflichtet das Verwaltungsgericht im Normerlaßverfahren rechtskräftig zum Erlass eines Bebauungsplanes, während das OVG nachher im Verfahren nach § 47 VwGO die Nichtigkeit des nachfolgend erlassenen Planes feststellt, so liegt hierin zweifellos eine "unangenehme Diskrepanz"⁷⁾. Diese Situation ist dem Prozeßrecht jedoch auch aus anderem Zusammenhang nicht unbekannt. So kann eine Nachbarklage gegen eine Baugenehmigung nach Inzidenterfeststellung der Gültigkeit des zugrundeliegenden Bebauungsplanes durch das VG abgewiesen werden, während das OVG später die Nichtigkeit des Planes feststellt. Ebenso kann das VG die vorbeugende Unterlassungsklage gegen die Aufstellung eines

1) Schenke, Rechtsschutz, S. 177.

2) Dafür BayVGh, BayVbl. 1980, 209 (211); Bartelsperger, DVBl. 1967, 373; Kalkbrenner, FS BayVerfGH, S. 366; Knemeyer, BayVerwR, S. 43; Maurer, FS Eduard Kern, S. 308; Obermayer, 10 Jahre VwGO, S. 158 f.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 388; ders., BayVbl. 1980, 663; offengelassen von OVG Münster, NJW 1982, 1415 f.

3) Würtenberger, BayVbl. 1980, 663.

4) BayVGh, BayVbl. 1980, 209 (211).

5) Würtenberger, ebd.

6) Knemeyer, BayVerwR, S. 43; i.d.S. auch BayVGh, BayVbl. 1980, 209 (211).

Gegen die Zuständigkeit des "einfachen VG" angesichts der ausschließlichen Zuständigkeit des OVG zur prinzipialen Normenkontrolle auch Schenke (Rechtsschutz, S. 334 f.), jedoch nicht für die Zuständigkeit des OVG, sondern für die der Verfassungsgerichte (ebd., S. 337).

7) Renck, JuS 1982, 342.

Bebauungsplanes¹⁾ abweisen, während das OVG später die Ungültigkeit des erlassenen Planes erklärt. Ebenso wie diese Diskrepanzen ist die dargestellte hinzunehmen²⁾.

Während im Normenkontrollverfahren die Nichtigkeit des bereits erlassenen Bebauungsplanes inter omnes festgestellt wird, ist im Normerlaßverfahren lediglich die Frage zu entscheiden, ob zwischen den Beteiligten eine Pflicht zum Erlaß des Planes besteht³⁾. Da die Streitgegenstände in beiden Verfahren verschieden sind, liegen trotz abweichender Sachaussagen keine divergierenden Entscheidungen im prozessualen Sinne vor. Soweit ein anderes Verwaltungsgericht über die Pflicht zum Satzungs-erlaß selbst abweichend entscheidet, geht es um das allgemeine Problem divergierender Entscheidungen im Instanzenzug, das jedoch keine Konzentration bei einem Gericht zu begründen vermag⁴⁾. Eine Konzentration bei einem Gericht würde ferner damit erkaufte, daß den Beteiligten eine Instanz verloren ginge.

Auch die vorgebrachte besondere Qualifikation der Spruchkörper des OVG zwingt nicht zur Konzentration der Entscheidungszuständigkeit. Da Verwaltungsgerichten bei der Inzidentkontrolle eines Bebauungsplanes vom Gesetzgeber die gleiche Qualifikation wie den Oberverwaltungsgerichten bei der Kontrolle des Planes nach § 47 VwGO zugetraut wird, sind sie als ebenso qualifiziert anzusehen, die Frage der Planerlaßpflicht zu entscheiden⁵⁾. Eine Entscheidungskonzentration beim OVG ist auch

-
- 1) Anerkennung dieser Klage durch BVerwGE 40, 323 (Krabbenkamp-Urteil); vgl. dazu VG München, BayVBl. 1974, 198 (200) mit präziser Prüfung des vorbeugenden Rechtsschutzes und der sachlichen Zuständigkeit (unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG).
 - 2) Stettner, AöR 102 (1977), S. 573 Fn. 117.
Allein um diese Diskrepanz zu vermeiden, wird von einigen Autoren eine Analogie zu § 47 VwGO befürwortet. Die Frage der statthaftern Klageart darf jedoch nicht schon mit Blick auf die sachliche Zuständigkeit gestellt werden. Auch nach Prüfung der §§ 42 oder 43 VwGO wird von Würtenberger (AöR 105 (1980), S. 389 ff.; BayVBl. 1980, 663) für eine Klage sui generis plädiert, um dennoch zur erstinstanzlichen Zuständigkeit des OVG zu gelangen. Stellt sich jedoch bereits eine Klageart der VwGO als geeignet heraus, bleibt kein Raum für einen Rekurs auf eine Klage sui generis unter Umgehung der Zuständigkeitsregelung des § 45 VwGO. Soll die aufgezeigte Diskrepanz vermieden werden, ist allein der Gesetzgeber aufgerufen, die erstinstanzliche Zuständigkeit dem OVG zuzuweisen; so auch Renck, JuS 1982, 342.
 - 3) v. Barby, Diss., S. 125 f.; i. d. S. auch Obermayer, DVBl. 1965, 633. Da keine allgemeinverbindliche Entscheidung ergeht, sei kein Anlaß gegeben, die Zuständigkeit des OVG auch für eine Normerlaßklage anzuerkennen; Obermayer, Staatsrecht, S. 405.
 - 4) v. Barby, ebd., S. 126.
 - 5) Aus der Besetzung der Spruchkörper läßt sich ebenso wenig ein Argument (bez. der Qualifikation) herleiten, da die Kammern des VG nicht zahlenmäßig schwächer als die Senate der OVG (VGH) im Normenkontrollverfahren (5 Richter) besetzt sind (§§ 5 Abs. 3, 9 Abs. 3 VwGO). Die Zahl der Berufsrichter in den Senaten divergiert allerdings in den Bundesländern.

insoweit nicht geboten¹⁾; vielmehr bleiben nach der allgemeinen funktionellen Verteilung²⁾ die Verwaltungsgerichte zuständig, über den Normerlaßanspruch zu entscheiden³⁾.

Die bloße Annahme, die Anfechtung bestehender und die Verpflichtung zum Erlaß von Bebauungsplänen seien die beiden Pole des gleichen Rechtsschutzes⁴⁾ (Kehrseitentheorie), ist dogmatisch nicht ausreichend, um die Notwendigkeit eines Verfahrens analog § 47 VwGO zu begründen⁵⁾.

c) Die mangelnde Analogiefähigkeit des § 47 VwGO

Die Ablehnung einer analogen Anwendung des § 47 VwGO resultiert insbesondere aus der mangelnden Analogiefähigkeit der Norm⁶⁾. Da das Verfahren nach § 47 VwGO bezüglich Zielsetzung und Art dermaßen speziell ist⁷⁾, erlaubt sein Ausnahmecharakter⁸⁾ keine Erweiterung über den Wortlaut hinaus⁹⁾ und damit keine analoge Anwendung auf Normsetzungsverfahren¹⁰⁾. Allein aus der "Bereitstellung des Normenkontrollverfahrens"¹¹⁾ mit einmaligem Feststellungsausspruch kann nicht ohne weiteres auf die Eignung für einen Leistungsanspruch geschlossen werden¹²⁾. Eine Analogie zu § 47 VwGO stellt somit keine Lösung der Rechtsschutzproblematik dar¹³⁾.

1) HessVGH, DÖV 1983, 385 (386); v. Barby, Diss., S. 127.

2) Vgl. § 45 VwGO.

3) v. Barby, ebd.; ausführlich Jank, Diss., S. 92 f., unter Ablehnung einer Zuständigkeit nach § 48 VwGO ("wegen der besonderen Bedeutung der Materie").

4) Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 388; ders. BayVBl. 1980, 663, der die Normerlaßklage als "actio contrario" zum Normenkontrollverfahren bezeichnet.

5) Renck, JuS 1982, 341; ablehnend auch Westbomke, Anspruch, S. 129. Für eine "Kehrseitentheorie" findet sich in § 47 VwGO kein Anhaltspunkt; HessVGH, DÖV 1983, 385 (386).

6) Renck, JuS 1982, 342; Soell/Martin, BayVBl. 1978, 657; Westbomke, ebd.

Das gegen eine Analogiefähigkeit bislang vorgetragene Argument aus dem Einführungsvorbehalt der Landesgesetzgeber greift jedenfalls nicht (mehr) für die Klage auf Erlaß eines Bebauungsplanes, denn § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gilt seit der VwGO-Novelle 1976 bundesweit. Vgl. zu dieser Argumentation v. Barby, Diss., S. 126 f.; Schenke, ebd., S. 336 f.; Westbomke, ebd.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 389; ders., BayVBl. 1980, 663.

7) Renck, ebd., mit Hinweis auf das Ziel einer nachträglichen, repressiven, objektiven Rechtsbeanstandung, die Art eines Feststellungsverfahrens sowie den funktionalen Zwang der Notwendigkeit einer einheitlichen, gültigkeitsverneinenden Entscheidung.

8) Vgl. Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 388 (besonderes Verfahren); i.d.S. auch Bachof, AöR 86 (1961), S. 192 (mißgestaltetes Torso).

9) HessVGH, DÖV 1983, 385.

10) Schenke, Rechtsschutz, S. 336.

11) BayVGH, BayVBl. 1980, 209 (211).

12) So Renck JuS 1982, 342.

13) Ebenso BayVGH, Beschl. v. 6.10.1981 - Nr. 2 N 81 A.1106 (unveröff.); BayVBl. 1981, 499 (502 f., für Rechtsverordnung); v. Barby, Diss., S. 125 ff.; ders. DVBl. 1974, 817; Obermayer, DVBl. 1965, 633; Renck, ebd.; Schenke, Rechtsschutz, S. 336 f.; Soell/Martin,

3. Die Verpflichtungsklage

Ob der Anspruch auf Erlaß eines Bebauungsplanes mit einer Verpflichtungsklage¹⁾ durchzusetzen ist, hängt davon ab, wie der Begriff des Verwaltungsaktes in § 42 Abs. 1 Halbs. 2 VwGO zu verstehen ist.

Aus dem Begriff der "Amtshandlung" bei § 113 Abs. 4 S. 1 VwGO ist geschlossen worden, daß mit der Verpflichtungsklage nicht nur der Erlaß eines Verwaltungsaktes im engeren Sinne, sondern jedes hoheitliche Tätigwerden begehrt werden kann²⁾. Demgegenüber haben sowohl die Rspr.³⁾ als auch die h.M. innerhalb der Lit.⁴⁾ den Anwendungsbereich der Verpflichtungsklage auf Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG beschränkt. Diese Meinung überzeugt angesichts des Wortlautes des § 42 Abs. 1 VwGO, der auf die Verpflichtungsklage bezogenen Vorschriften über das Vorverfahren⁵⁾ und der gesetzlichen Systematik⁶⁾.

Ergeht die begehrte Maßnahme nur der Form nach als Norm, obwohl sie materiell-rechtlich ein Verwaltungsakt ist, so gilt der Ausschluß der Verpflichtungsklage jedenfalls in Fällen der gesetzlich vorgeschriebenen Form, denn zumindest im Hinblick auf die statthafte Klageart bindet die gesetzliche Formbestimmung⁷⁾.

Damit scheidet für den Anspruch auf Erlaß des nach § 10 BBauG in Form einer Satzung zu beschließenden Bebauungsplanes die Verpflichtungsklage als Klageart aus⁸⁾.

BayVBl. 1978, 657; Stettner, AöR 102 (1977), S. 573; Westbomke, Anspruch, S. 128 f.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 388 f.; ders., BayVBl. 1980, 663.

Hätte der Gesetzgeber dem OVG (VGH) die Kompetenz verleihen wollen, die Gemeinde über ein Verfahren nach § 47 VwGO zum Erlaß eines Bebauungsplanes zu verpflichten, so hätte er dies bei der Novelle der VwGO 1976 zum Ausdruck bringen können und müssen; Rasch, BauR 1981, 419.

- 1) Für eine Normverpflichtungsklage Obermayer, DVBl. 1965, 632 f.; ders., Grundzüge, S. 282; ders., Staatsrecht, S. 405; lediglich erwähnt bei Battis, ÖffBauRoR, S. 194.
- 2) Bettermann, NJW 1960, 649 f.; ders., DVBl. 1967, 862; ders., DVBl. 1969, 703 f.; ders., FS Eduard Bötticher, S. 14 f.; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 Rn. 14, 17; Lerche, Staatsbürger II, S. 76; Maunz, BayVBl. 1971, 400; Menger, VerwArch. 52 (1961), S. 318.
- 3) BVerwGE 31, 301 (303); 36, 192 (198).
- 4) Achterberg, VerwR, § 23 Rn. 103; Hegel, DÖV 1965, 413; Kopp, VwGO, § 42 Rn. 33; Obermayer, Grundzüge, S. 225, 231; Pietzner/Ronellenfisch, Assessorexamen, § 7 Rn. 15; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 56 m.w.N.; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 42 Anm. 10; Ule, VerwPrR, S. 148; Tschira/Schmitt-Glaeser, S. 206; Wolff, VerwR I, § 64 Ia (S. 370).
- 5) In §§ 68, 70 bis 75 und 78 VwGO ist bezüglich der Verpflichtungsklage stets ausschließlich von dem beantragten VA, niemals von einer beantragten Amtshandlung die Rede.
- 6) Da für Ansprüche auf sonstige Amtshandlungen die Leistungsklage bereitsteht ist es nicht notwendig, den Anwendungsbereich der Verpflichtungsklage entsprechend auszuweiten.
- 7) Zur Maßgeblichkeit der gesetzlich geregelten Form für das Verfahrensrecht einschl. des Rechtsschutzes Wolff, VerwR I, § 25 VII b 5 (S. 134); Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 384.
- 8) Im Ergebnis ebenso BayVGh, BayVBl. 1981, 499 (503, für Rechtsverordnung); v. Barby, Diss., S. 127 f.; ders., DVBl. 1974, 817;

4. Die allgemeine Leistungsklage

Nach Ablehnung der Verpflichtungsklage ist eine allgemeine Leistungsklage zur Durchsetzung des Anspruchs in Betracht zu ziehen, da dieser Verfahrenstyp gerade für die Durchsetzung von Leistungsbegehren geschaffen wurde: Mit der Leistungsklage sind "alle Ansprüche verfolgbare, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind"¹⁾. Obermayer²⁾ hält der Statthaftigkeit einer Leistungsklage entgegen, daß hiermit nur der Erlass eines förmlichen Hoheitsaktes und nicht eine sonstige Leistung erstrebt werden könne. Die Leistungsklage richte sich nur auf Einzelakte der Verwaltung, nicht jedoch auf "generelle Akte" der Exekutive³⁾.

Für diese Einschränkung der allgemeinen Leistungsklage sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich⁴⁾. Daß sie "vom Typus her auf Einzelakte ausgerichtet" sein soll⁵⁾, ergibt sich weder aus der Entstehungsgeschichte⁶⁾, noch aus ihrem Wortlaut. Sieht man in der Leistungsklage die geeignete Klageart für Normerlaßansprüche, so sind auch keine "Systembrüche im verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystem"⁷⁾ zu erwarten, vielmehr fügt sich diese Konstruktion vortrefflich in das System des Rechtsschutzes ein. Die Verwaltungsgerichtsordnung hat den Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art lückenlos regeln wollen⁸⁾ und mit § 40 VwGO geregelt⁹⁾. Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG kommt der allgemeinen Leistungsklage daher eine "Auffangfunktion"¹⁰⁾

-
- Soell/Martin, BayVBl. 1978, 657; Westbomke, Anspruch, S. 130 ff.; a.A. Obermayer, DVBl. 1965, 633 (für Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO); ebenso Birk, NJW 1977, 1800.
- 1) Vgl. amtl. Begr. der VwGO, BT-Drs. 2/462, S. 32; BVerwGE 31, 301; HessVGH, ESVGH 22, 224.
 - 2) DVBl. 1965, 633 Fn. 79; sowie Staatsrecht, S. 405 Fn. 61; ebenso Birk, NJW 1977, 1800.
 - 3) HessVGH, DVBl. 1969, 502 (504) m.w.N.; VG Wiesbaden, Urt. v. 4.5.1971 - D III E 399/70 (unveröff.); Tschira/Schmitt-Glaeser, BayVBl. 1975, 493; dies., VerwPrR, S. 209. Dieser Argumentation läßt sich nicht schon mit dem Einwand Rencks (JuS 1982, 342) begegnen, die Geltendmachung einer Individualberechtigung auf Erlass einer Norm "sei ein Einzelfall", denn nach der h.M. (s.o.) ist auf die Form des begehrten Hoheitsaktes abzustellen, während der Einwand auf das subjektive Recht abzielt.
 - 4) Degenhart, BayVBl. 1979, 295 Fn. 105.
 - 5) So Tschira/Schmitt-Glaeser, BayVBl. 1975, 493.
 - 6) Vgl. amtl. Begr. BT-Drs. 2/462 und BT-Drs. 3/55.
 - 7) Würtenerberger, AöR 105 (1980), S. 385.
 - 8) Vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 3/55, S. 30.
 - 9) Renck, JuS 1982, 342.
 - 10) Vgl. Jank, Diss., S. 79 (Auffangbecken); Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen, § 7 Rn. 18; Soell/Martin, BayVBl. 1978, 658; Tschira/Schmitt-Glaeser, BayVBl. 1975, 492; dies., VerwPrR, S. 207 (Auffangklage); Westbomke, Anspruch, S. 132 m.w.N. Fn. 39; Würtenerberger, AöR 105 (1980), S. 385 m.w.N. Fn. 55; i.d.S. auch HessVGH, ESVGH 22, 224 (225): Bei Ablehnung der Leistungsklage wäre "zwar der Rechtsweg zu den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben, aber keine der für diesen Rechts-

zu¹⁾).

Entscheidend ist letztlich, ob dem klagenden Bürger aus dem materiellen Recht ein Normerlaßanspruch erwächst. Wo das der Fall ist, kann seine Durchsetzung nicht an der "Rigidität des Prozeßrechts"²⁾ scheitern; eine Klageart muß zur Verfügung stehen.

Indem das BVerwG³⁾ die vorbeugende Unterlassungsklage gegen Bauungspläne als zulässig angesehen hat, hat es sich gleichfalls gegen die "Einzelakttheorie" ausgesprochen, denn nach h.M.⁴⁾ handelt es sich bei der Unterlassungsklage um einen Unterfall der Leistungsklage.

Somit bestehen keine Bedenken, den Anspruch auf Erlaß eines Bauungsplanes mit der allgemeinen Leistungsklage geltend zu machen⁵⁾.

weg allgemein zulässige Klageart... Dies würde... auf einen Ausschluß des Rechtswegs selbst hinauslaufen."

- 1) Nicht durchgreifend sind daher die Bedenken Mengers (VerwArch. 52 (1961), S. 420 Fn. 44), wonach neben § 47 und § 42 VwGO keine dritte Klageart für Normsetzungsakte zur Verfügung stehen soll (ähnlich Küchenhoff, JuS 1965, 60; Merten; DVBl. 1970, 702).

Der Ausschluß der allg. Leistungsklage für Normaufhebungsansprüche läßt sich auf Normerlaßansprüche (mangels vergleichbarer Interessenlage) nicht übertragen. Während beim Ausschluß der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines Normaufhebungsanspruchs zumindest der Weg einer Inzidentkontrolle verbleibt, ist der Normerlaßanspruch nur mit einer prinzipialen Klage durchzusetzen. Die "Sperrwirkung" des § 47 VwGO kann daher nicht auf ein Unterlassen des Normgebers ausgedehnt werden (BVerwG, NJW 1978, 554; Papier, Fälle, S. 65).

Die Nennung einzelner Klagearten durch die VwGO bedeutet auch kein Ausscheiden der Normerlaßklage, da die allg. Leistungsklage gerade für nicht speziell geregelte Fälle eingreifen soll; ausführlich v. Barby, Diss., S. 100 f.

- 2) Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 57.
3) DVBl. 1973, 34 (36, die Feststellungsklage sei zulässig, die Erhebung einer vorbeugenden Leistungsklage aber ebenso).
4) BVerwG, DVBl. 1971, 746 (747); Kopp, VwGO, Vorb. § 40 Rn. 4; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 42 Anm. 162; Schenke, AöR 95 (1970), S. 241 m.w.N. Fn. 42; Stettner, AöR 102 (1977), S. 567 m.w.N. Fn. 102; Ule, VerwArch. 65 (1974), S. 308.
5) Im Ergebnis ebenso, BayVGh, BayVBl. 1981, 499 (503); HessVGh, ESVGh, 22, 224 (225); OVG Münster, DVBl. 1974, 813; VG Schleswig, Urt. v. 22.3.1972 - 8 A 171/71 (unveröff.); Bachof, VerfR II, S. 144; v. Barby, Diss., S. 128 ff.; ders., DVBl. 1974, 817; Degenhart, BayVBl. 1979, 295 f.; Hoppe, FS Hans Wolff, S. 322 f.; ders., ÖffBauBoR, Rn. 437; Jank, Diss., S. 78 f.; Maurer, FS Eduard Kern, S. 312 Fn. 118; Obermayer, 10 Jahre VwGO, S. 158 f. (aber für Zuständigkeit des OVG); Papier, Fälle, S. 65; Soell/Martin, BayVBl. 1978, 657 f.; Stettner, AöR 102 (1977), S. 573; Renck, JuS 1982, 342; Weidemann, Staatsaufsicht, S. 130; Westbomke, Anspruch, S. 152 ff.; subsidiär dafür Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 58; a.A. Birk, NJW 1977, 1800; Obermayer, DVBl. 1965, 633 Fn. 79; Schenke, Rechtsschutz, S. 335; Tschira/Schmitt-Glaeser, BayVBl. 1975, 493; Würtenberger, AöR 105 (1980) S. 382 ff.

Für die Anerkennung einer Klage "sui generis" (VGh BW, AöR 86 (1961), S. 95 (99, "atypischer Art")); Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 389 ff.) besteht insoweit kein Bedürfnis.

Selbst wenn man die "Einzelakttheorie" zugrundelegt, muß die von Birk (ebd.) vorgeschlagene Verpflichtungsklage analog § 42 VwGO

5. Die Feststellungsklage

Als "prozessuales Minus"¹⁾ zur allgemeinen Leistungsklage ist ebenso an eine Feststellungsklage zu denken mit dem Antrag, die Verpflichtung der Gemeinde zur Aufstellung eines Bebauungsplanes festzustellen²⁾. Selbst wenn der Klage ein Leistungsbegehren auf Durchsetzung eines Normerlaßanspruchs zu Grunde liegt, das sich nicht auf bloße Feststellung eines bestimmten Rechtszustandes richtet³⁾, wäre ein solcher Einwand zu vordergründig, um die Feststellungsklage bereits hieran scheitern zu lassen⁴⁾. Dies gilt um so mehr, als ihr Rechtsschutz dem einer Leistungsklage nur unwesentlich nachsteht⁵⁾.

a) Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis

Voraussetzung einer Feststellungsklage ist zunächst das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen der Gemeinde als Normgeber und dem Bauwilligen. Die Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses ist von Merten⁶⁾ und Würtenberger⁷⁾ bestritten worden, da das Verhältnis zwischen Normgeber und normunterworfenem Bürger mangels Konkretheit keiner Feststellung fähig sei⁸⁾. Die Klage beziehe sich auf Fragen der Gültigkeit von Recht und der Rechtsetzung, nicht aber auf Fragen der Rechtsanwendung, die allein Gegenstand einer Feststellungsklage sein könnten⁹⁾.

Beide übersehen, daß bei der Klage über das Bestehen eines konkreten, subjektiven Rechts des Bürgers und nicht über die Gültigkeit einer Norm entschieden wird¹⁰⁾. Indem die Gemeinde dem Kläger eine Zusage erteilt hat, hat sie ihm ein subjektives Recht auf Erlaß eines Bebauungsplanes eingeräumt, womit ein hinreichend konkretes, feststellungsfähiges

ausscheiden. Da das Klagebegehren der Leistungsklage zuzuordnen ist, kann keine Zuordnung per Analogie zu einem Unterfall der allg. Leistungsklage erfolgen. Das Problem ist dann durch eine Analogie zur allg. Leistungsklage zu lösen, der gegenüber der hier vertretene Weg jedoch vorzugswürdig erscheint; Degenhart, BayVBl. 1979, 295 Fn. 105; vgl. auch OVG Münster, DÖV 1961, 469.

1) So Stettner, AöR 102 (1977), S. 573 Fn. 118.

2) So der Antrag bei BVerwG, DÖV 1981, 878.

3) In diese Richtung gehen die Bedenken Birks (NJW 1977, 1800), der die Feststellungsklage mangels Durchsetzbarkeit der Verpflichtung verwirft.

4) Maurer, FS Eduard Kern, S. 312 Fn. 118 (würde genügen); Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 386.

5) Ebd.; Degenhart, BayVBl. 1979, 296 Fn. 109. Verbleibt der Gemeinde nach der gerichtlichen Entscheidung ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Planaufstellung, so ist ein obsiegendes Leistungsurteil allerdings ebensowenig vollstreckbar wie ein Feststellungsurteil.

6) DVBl. 1970, 702.

7) AöR 105 (1980), S. 386 ff.

8) Merten, ebd.

9) Würtenberger, ebd.

10) Schenke, Rechtsschutz, S. 229.

ges Rechtsverhältnis hergestellt ist¹⁾). Erfüllt die Gemeinde als Normgeber ihre Verpflichtung nicht, so kann der Zusageempfänger das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses im Wege der Feststellungsklage prüfen lassen²⁾.

b) Die Subsidiaritätsklausel

Nachdem bereits die Statthaftigkeit einer Leistungsklage angenommen wurde, könnte eine Feststellungsklage aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 VwGO auszuschneiden haben.

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage anstelle einer Leistungsklage wird vom BVerwG seit der einschränkenden Interpretation des § 43 Abs. 2 VwGO bejaht³⁾. Das Gericht orientiert sich an der Rechtsprechung der Zivilgerichte⁴⁾, wonach der Grundsatz der Subsidiarität nicht anzuwenden ist, wenn sich die Feststellungsklage gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richtet. Von dieser sei angesichts ihrer verfassungsmäßig verankerten, festen Bindung an Gesetz und Recht die Respektierung von Gerichtsurteilen auch ohne dahinterstehendem Vollstreckungsdruck zu erwarten⁵⁾. Der Grund für die Subsidiarität der Feststellungsklage ent falle insbesondere dort, wo durch ihre Erhebung keine für andere Klagearten geltenden besonderen Vorschriften unterlaufen würden⁶⁾. Anstelle der nicht fristgebundenen, allgemeinen Leistungsklage kann der Kläger danach auch die Feststellung begehren, daß die Gemeinde zum Aufstellen eines Bebauungsplanes verpflichtet ist⁷⁾.

1) Insofern stellt jedes Recht auch ein Rechtsverhältnis dar; Schenke, ebd., S. 216.

2) v. Barby (Diss., S. 144 f.) verweist insoweit auf die Parallelität zur Rspr. des BVerfG, das eine Feststellung hinsichtlich des Unterlassens einer Normierung anerkennt. Auch Schenke (ebd., S. 336 Fn. 23) bejaht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

Wie hier bejahen die Voraussetzungen einer Feststellungsklage BVerwG, DÖV 1981, 878 sowie die Vorinstanz OVG Münster, Urt. v. 8.9.1978 - XI A 915/76 (unveröff., zur Zulässigkeit der Feststellungsklage); OVG Berlin, DVBl. 1970, 701 f.; Bachof, VerfR I, S. 246 = JZ 1962, 745; Degenhart, BayVBl. 1979, 296; Kopp, VwGO, § 47 Rn. 10; Renck, JuS 1982, 342 Fn. 62; Stettner, AöR 102 (1977), S. 573 Fn. 118; Tschira/Schmidt-Glaeser, BayVBl. 1975, 493; Westbomke, Anspruch, S. 136; hilfsweise auch Schmidt-Aßmann, Rechtsetzung, S. 58.

3) BVerwGE 36, 179 (181); 38, 99 (102, Parallele zur isolierten Anfechtungsklage); für die Unterlassungsklage BVerwGE 40, 323 (327); BVerwG, NJW 1976, 1648 (1650).

4) BGHZ 27, 190 (195 f.); 28, 123 (126).

5) BVerwGE 36, 179 (181).

6) Ebd., 182.

7) S. BVerwG, DÖV 1981, 878 (Feststellungsklage für einen Anspruch auf Bebauungsplanaufstellung).

Dieser Auffassung hat v. Mutius¹⁾ schon früh mit überzeugender Begründung widersprochen. Angesichts der Absicht des Gesetzgebers, durch die Verwaltungsgerichtsordnung das Verwaltungsprozeßrecht umfassend zu kodifizieren²⁾, sowie nach der Regelung des § 173 VwGO³⁾ ist ein Rückgriff auf zivilprozessuale Verfahrensregelungen nur dann eröffnet, wenn die Verwaltungsgerichtsordnung Lücken aufweist⁴⁾. Das Verhältnis der Feststellungsklage zu anderen Klagearten ist jedoch durch § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO abschließend geregelt⁵⁾. Aus dem sehr eindeutigen Wortlaut der Norm ergibt sich die ausdrückliche Subsidiarität der Feststellungsklage auch gegenüber unbefristeten Klagearten⁶⁾. Dieser Ausschluß muß ebenso für Feststellungsklagen gegenüber dem Staat oder anderen Trägern öffentlicher Gewalt gelten⁷⁾. Da die Nachkriegserfahrung gelehrt hat, daß es "auch Behörden gegenüber nicht ohne Zwang geht"⁸⁾, hat die VwGO in § 172 eine entsprechende Regelung getroffen. Die Norm zeigt, daß die Verwaltungsgerichtsordnung die Ansicht der zivilistischen Rechtsprechung nicht teilt, Vollstreckungsdruck gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften sei entbehrlich⁹⁾. Da im übrigen bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage regelmäßig ein Hoheitsträger Beklagter ist, würde bei Richtigkeit der Ansicht des BVerwG § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO jede Bedeutung verlieren¹⁰⁾. Eine Feststellungsklage ist danach infolge Subsidiarität unstatthaft¹¹⁾.

Da es im verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedoch nicht auf die Form des Klageantrags, sondern auf das Begehren ankommt¹²⁾, ist das Gericht verpflichtet, den Klageantrag nach § 88 VwGO als Leistungsantrag

- 1) VerwArch. 63 (1972), S. 229 ff.; vorher bereits Schenke, AöR 95 (1970), S. 255; ebenso Kopp, VwGO, § 43 Rn. 28; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 43 Anm. 26; Schenke, Rechtsschutz, S. 336 Fn. 23; Tschira/Schmitt-Glaeser, VerwPrR, S. 187 f.; Ule, VerwPrR, § 34 II (S. 201 f.); Westbomke, Anspruch, S. 137 f.
- 2) Vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 3/55, S. 25 f., 30.
- 3) Vgl. Wortlaut der Norm: "Soweit dieses Gesetz keine Bestimmung über das Verfahren enthält,..."
- 4) v. Mutius, VerwArch. 63 (1972), S. 230; ebenso Westbomke, Anspruch, S. 137.
- 5) v. Mutius, ebd., S. 231.
- 6) Ebd., S. 322; ihm folgend Westbomke, ebd.; a.A. v. Barby, Diss., S. 147.
- 7) Kopp, VwGO, § 43 Rn. 28; v. Mutius, VerwArch. 63 (1972), S. 229 ff.; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 43 Anm. 26; Tschira/Schmitt-Glaeser, VerwPrR, S. 187 f.
- 8) Amtl. Begr., BT-Drs. 3/55, S. 49.
- 9) v. Barby, Diss., S. 146; v. Mutius, VerwArch. 63 (1972), S. 232; Westbomke, Anspruch, S. 138.
- 10) Schenke, AöR 95 (1970), S. 255.
- 11) Ebenso v. Mutius, ebd.; Schenke, Rechtsschutz, S. 336 Fn. 23; Westbomke, ebd.; a.A. v. Barby, Diss., S. 145 ff.; Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 386; sowie ohne weitere Problematisierung BVerwG, DÖV 1981, 878; Degenhart, BayVBl. 1979, 296 Fn. 109; Renck, JuS 1982, 342 Fn. 62; Stettner, AöR 102 (1977), S. 573 Fn. 118. Bejaht man die hier abgelehnte "Einzelakttheorie" für die Leistungsklage (s.o.), so wäre allerdings die Feststellungsklage die einzig geeignete Klageart.
- 12) BVerwG, DVBl. 1968, 654 (655).

auszulegen¹⁾). Eine mit Feststellungsantrag erhobene Klage ist daher nicht abweisungsreif²⁾). Während nach der Ansicht der Rechtsprechung ein Feststellungsurteil ergehen könnte, müßte das Gericht nach der hier vertretenen Ansicht ein Leistungsurteil erlassen³⁾). Der Meinungsstreit geht daher nicht zu Lasten des Klägers.

III. Weitere Probleme der Durchsetzbarkeit

1. Das Rechtsschutzbedürfnis

Für eine Normerlaßklage wird teilweise das Rechtsschutzbedürfnis verneint⁴⁾). Selbst wenn dem Bauwilligen jederzeit die Möglichkeit einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung offensteht, bleibt fraglich, ob dieser Weg ausreichenden Rechtsschutz bietet.

Bestünden tatsächlich hinreichende Erfolgsaussichten für eine Verpflichtungsklage, wäre der Bauwillige schon aus Zeitgründen gut beraten, diese und keine Normerlaßklage zu erheben. Auch bei seinem Obsiegen im Normerlaßverfahren würde er bis zur Erteilung der von ihm letztlich begehrten Baugenehmigung mehr Zeit verlieren als bei einer direkten Klage auf ihre Erteilung. Gerade die mangelnde Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens nach §§ 30 ff. BBauG ist jedoch regelmäßig die Prämisse für die Gemeinde, dem Bauwilligen eine Zusage zu erteilen. Soweit eine Verpflichtungsklage keine Erfolgsaussichten besitzt, kann das Rechtsschutzbedürfnis einer Normerlaßklage nicht schon mit Hinweis hierauf abgelehnt werden.

Im übrigen geht das Klagebegehren einer Normerlaßklage weit über das einer Verpflichtungsklage hinaus. Wird infolge der Klage ein Bebauungsplan erlassen, so gelangt hierdurch - anders als bei der Verpflichtungsklage - die Baulandqualität des Grundstücks im Außenbereich erst zur Entstehung⁵⁾). Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Normerlaßklage kann daher nicht abgelehnt werden.

1) Vgl. entspr. Überlegungen bereits bei BVerwGE 36, 179 (182); wie hier Westbomke, Anspruch, S. 138.

Von der Feststellungsklage ist insbesondere ein Übergang auf die Leistungsklage ohne Klageänderung möglich. Legt das Gericht den Feststellungsantrag als Leistungsantrag aus und erläßt ein Leistungsurteil, so werden damit nicht die Grenzen des (ausgelegten) Klagebegehrens überschritten (vgl. § 88 VwGO). Zum Übergang von einer zur anderen Klage Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 91 Anm. 2 m.w.N.

2) BVerwG, DVBl. 1968, 654 (655).

3) So auch Westbomke, ebd., S. 138.

4) Weidemann, Staatsaufsicht, S. 130; ähnlich verneint das BVerwG (NJW 1977, 1979 (1980)) ein praktisches Bedürfnis für eine Klage mit dem Hinweis, dem Kläger könne möglicherweise eine Genehmigung nach § 35 BBauG nicht vorenthalten werden.

5) So auch Würtenberger, AöR 105 (1980), S. 380.

2. Das Vorgehen gegen die Aufsichtsbehörde

Ein weiteres prozessuales Problem entsteht dann, wenn die Aufsichtsbehörde die nach § 11 BBauG erforderliche Genehmigung für den zugesagten Bebauungsplan verweigert. Die Gemeinde kann zwar die Erteilung der versagten Genehmigung durch Verpflichtungsklage erstreben¹⁾. Erhebt sie aber keine Klage, fragt sich, wie der Zusageempfänger vorzugehen hat, damit sein Normerlaßanspruch nicht an der fehlenden Genehmigung scheitert.

Denkbar sind insoweit zwei Wege:

- Eine Klage des Bauwilligen direkt gegen die Aufsichtsbehörde auf Erteilung der Genehmigung²⁾.
- Eine Klage gegen die Gemeinde auf Erlaß des Bebauungsplanes, wobei inzidenter für die Aufsichtsbehörde bindend über die Pflicht zur Genehmigung entschieden würde.

Der erste Weg erscheint für solche Fälle angezeigt, in denen die Gemeinde das Aufstellungsverfahren bis zur Genehmigungsreife vorangetrieben hat und den Plan, wie zugesagt, erlassen will. Hier ist es nur schwer einzusehen warum die Gemeinde Beklagte eines Verfahrens sein soll, in dem die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erstritten werden soll.

Einer direkten Klage könnte zunächst § 44 a VwGO entgegenstehen, wonach Rechtsbehelfe erst mit dem gegen den Sachbescheid zulässigen Rechtsbehelf geltend gemacht werden können. Die der Verfahrensökonomie dienende Norm³⁾ kann jedoch nach Wortlaut und Sinn keine Anwendung auf Verpflichtungsverfahren finden⁴⁾. Soll eine Behörde zur Fortsetzung eines Verfahrens verpflichtet werden, so tritt durch einen Rechtsbehelf keine Verzögerung ein⁵⁾, wie dies infolge des Suspensiv-

-
- 1) Die versagte Genehmigung des Bebauungsplanes stellt gegenüber der Gemeinde unstreitig einen VA da, der einer konkreten gemeindlichen Maßnahme die erforderliche staatliche Billigung vorenthalten wird. Für die Genehmigung von Rechtssetzungsakten vgl. BVerwGE (16, 83 für Handwerksordnung); 27, 350 (352, für Steuersatzung); 34, 301 (für Bebauungsplan); Bachof, FS Werner Weber, S. 523 f.; ders., JZ 1966, 511 f.; Badura, DÖV 1963, 569; jetzt auch Eyer-mann/Fröhler, VwGO, § 42 Rn. 53b; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 324; Kopp, VwGO, § 42 Rn. 88; Menger, VerwArch. 55 (1964), S. 76; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 42 Anm. 39, 44; Schnapp, BKK 1969, 194; a.A.: Bettermann, FS Nipperdey II, S. 729 ff. (nur Mitwirkung an der Rechtssetzung); Schwarze, VwVfG, § 35 Rn. 4.3.1.3.4.
 - 2) Dieses Begehren lag den Entscheidungen OVG Koblenz, OVGE 3, 102; VGH Stuttgart, VerwRspr. 11 Nr. 228 (S. 963) zugrunde. Zur Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Genehmigung der Normsetzung Küchenhoff, JuS 1965, 59 f.; Bachof, FS Werner Weber, S. 515 ff.
 - 3) Vgl. amtl. Begr., BT-Drs. 7/910, S. 97 f.; Plagemann, NJW 1978, 2261.
 - 4) H. Meyer, VwVfG, § 97 Rn. 22; Plagemann, ebd.; Redeker, NJW 1980, 1597; a.A. BVerwG, NJW 1979, 177; VG Köln, NJW 1978, 1397.
 - 5) Eine solche Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden war gesetzgeberische Zielsetzung; vgl. BVerwG, NJW 1981, 70 m.w.N.

effekts bei Anfechtungsverfahren der Fall ist. Hat sich das Planaufstellungsverfahren mangels Genehmigung erledigt, so ergeht ferner dem Bürger gegenüber keine abschließende Entscheidung, auf deren Anfechtung § 44 a VwGO verweisen könnte. Eine direkte Klage auf Genehmigung wird daher durch § 44 a VwGO noch nicht versagt¹⁾.

Für eine Klage²⁾ auf Genehmigung der Satzung fehlt dem Bürger jedoch die erforderliche³⁾ Klagebefugnis⁴⁾. Wie bei einer rechtswidrigen Genehmigung die unmittelbare Beschwerde noch nicht mit der Genehmigung, sondern erst mit dem Inkrafttreten der Satzung gegeben ist⁵⁾, so liegt die Begünstigung noch nicht in der Genehmigung, sondern erst in der genehmigten Satzung⁶⁾. Der Zusageempfänger würde daher mit einer Klage auf Erteilung der Genehmigung keine unmittelbar ihn

- 1) H. Meyer, ebd.; Erichsen/Martens, VerwR, § 11 II 5 d. Vgl. auch die Bedenken gegen § 44 a VwGO unter dem Aspekt der Rechtsschutzeffektivität bei Pagenkopf, NJW 1979, 2382 f.; Sellner, BauR 1980, 396.
- 2) Die umstrittene Frage der Klageart (Verpflichtungs- oder Leistungsklage) hängt davon ab, ob man eine "Doppelnatur" der Genehmigung anerkennt. Vereinzelt wird angenommen, da ein VA gegenüber der Gemeinde vorliege und der VA-Charakter unteilbar sei, handele es sich auch für den, dessen Rechtskreis die Genehmigung nicht unmittelbar betreffe, um einen VA (Erichsen/Martens, VerwR, § 11 II 5 c; Maurer, VerwR, § 21 Rn. 69). Die Prämisse der Überlegung ist jedoch unzutreffend, da keine durchgreifenden Bedenken dagegen bestehen, Verwaltungshandlungen eine Doppelnatur beizumessen (so Schnapp, AöR 108 (1983), S. 140 f. m.w.N.). Für den Bürger handelt es sich bei der Genehmigung um einen unselbstständigen Teil des Rechtsetzungsverfahrens, dem als Vorbereitungshandlung mangels Außenwirkung der VA-Charakter abzusprechen ist. Danach ist eine Leistungsklage zu erheben. Für eine Doppelnatur BVerwGE 16, 83; 34, 301 ff.; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 Rn. 53 b und c; Kopp, VwVfG, § 35 Rn. 31 m.w.N.; Küchenhoff, JuS 1965, 58; H. Meyer, VwVfG, § 35 Rn. 60; Pappermann, JuS 1973, 694; Rauch, BayVBl. 1980, 617; ausführlich Schnapp, BKK 1969, 195 ff.; vgl. auch BVerfG, NJW 1977, 2255 (2256); DÖV 1981, 57 (58). Zum Problem der Doppelnatur auch Bachof, FS Werner Weber, S. 522; v. Mutius, FS Hans Wolff, S. 172 f.
- 3) Soweit die Verpflichtungsklage als richtige Klageart angesehen wird, ist die Möglichkeit eigener Rechtsverletzung nach § 42 Abs. 2 VwGO ohnehin Zulässigkeitsvoraussetzung. Nach überwiegender Ansicht gilt diese Voraussetzung jedoch gleichermaßen für die Leistungsklage; so BVerwGE 36, 192 (199); 60, 144 (150); 62, 11 (14); BVerwG, NJW 1977, 118 (119); BVerwG, NVwZ 1982, 103 (104); Frotzcher, DÖV 1971, 262; Stern, Probleme, S. 124 m.w.N.; Teufel, ZBR 1981, 26.
Selbst wenn man (wie Achterberg, DVBl. 1981, 279 f.; Erichsen, DVBl. 1982, 100; Rupp, DVBl. 1982, 146 f.) das "besondere Rechtsschutzerfordernis" des § 42 Abs. 2 VwGO für die Leistungsklage ablehnt, kann der Klage das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis fehlen, das auch für die Leistungsklage erforderlich ist.
- 4) Vgl. Bachof, FS Werner Weber, S. 523; ders., VerwR I, § 46 V c; Erichsen/Martens, VerwR, § 11 II 5 c; Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 324; zweifelnd Kopp, DÖV 1980, 508 f.
- 5) Bachof, FS Werner Weber, S. 523.
- 6) Westbomke, Anspruch, S. 139 f.

begünstigende Leistung begehren¹⁾. Im übrigen verpflichtet die Zusage lediglich die Gemeinde selbst, nicht jedoch die Genehmigungsbehörde, so daß offensichtlich ein Anspruch des Bürgers gegenüber der höheren Verwaltungsbehörde fehlt.

Dieser Ausschluß einer Klagemöglichkeit gegen die Genehmigungsbehörde stößt im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG solange auf keine Bedenken, wie der Kläger seinen Anspruch auf Normerlaß trotz versagter Satzungsgenehmigung auf andere Weise durchsetzen kann.

Einen alternativen Weg bildet eine Klage gegen die Gemeinde, soweit die gerichtliche Entscheidung in der Lage ist, die Genehmigungsbehörde an sie zu binden. Eine Bindung an die gerichtliche Entscheidung tritt nach § 121 VwGO für alle Beteiligten ein, also sowohl für Kläger, Beklagte und Beigeladene. Die Bindung eines notwendig Beigeladenen entspricht dabei der eines Hauptbeteiligten, weil die Urteilsformel unmittelbar auf seine Rechte einwirkt. Voraussetzung einer notwendigen Beiladung ist, daß die Entscheidung nicht getroffen werden kann, ohne damit zugleich unmittelbar Rechte oder Rechtsbeziehungen des Beigeladenen zu gestalten.

Unumgängliche Voraussetzung zum Inkrafttreten eines Bebauungsplanes ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach § 11 BBauG. Will das Gericht die Gemeinde zur Aufstellung und damit zum Inkrafttreten eines Bebauungsplanes verpflichten, so kann es über den Plan und seine Genehmigung nur einheitlich entscheiden. Die Entscheidung kann somit nicht ergehen, ohne daß damit das Genehmigungsrecht der Aufsichtsbehörde gestaltet wird. Die Aufsichtsbehörde ist daher nach § 65 VwGO notwendig zum Verfahren gegen die Gemeinde beizuladen²⁾, so daß sie wie diese durch die gerichtliche Entscheidung gebunden wird. Die notwendige Beiladung der Aufsichtsbehörde schützt den Kläger bei Obsiegen vor einer späteren Versagung der Genehmigung³⁾. Dieser Weg reicht aus, um den Anspruch des Klägers zur prozessualen Durchsetzung zu verhelfen und damit den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG zu genügen.

1) Vgl. Kopp, DÖV 1980, 509. Der Bürger ist durch die Genehmigung nicht unmittelbar in seinen Rechten betroffen.

2) So auch Stettner, AöR 102 (1977), S. 573 Fn. 120; Westbomke, Anspruch, S. 142.

Die Situation ist mit der des Zustimmungserfordernisses nach § 36 Abs. 1 S. 3 BBauG und § 9 Abs. 2 FStrG vergleichbar. In beiden Fällen wird der Mitwirkungsakt nur als Verwaltungsinternum bezeichnet und eine Klage nur gegen die Genehmigungsbehörde zugelassen, wobei inzidenter die Rechtmäßigkeit der Versagung der Zustimmung geprüft wird. Das Problem wird auch hier über eine notwendige Beiladung der zustimmungspflichtigen Behörde gelöst; vgl. BVerwGE 16, 116; BVerwG, MDR 1963, 953.

3) Vgl. BVerwGE 42, 8 (10 f.).

3. Der Inhalt der Entscheidung

Bei der Frage des Entscheidungsinhalts sind die Erkenntnisse aus der Behandlung des Gewaltenteilungsprinzips zu berücksichtigen. Soweit auch nach der Zusageerteilung ein Gestaltungsspielraum bezüglich des Bebauungsplanes verbleibt, muß das Gericht der Gemeinde diesen Frei-
raum belassen; dies muß bei der Formulierung des Tenors zum Ausdruck kommen.

Um einen Übergriff der Judikative in den Bereich der Exekutive zu vermeiden, ist § 113 Abs. 4 S. 2 VwGO geschaffen worden. Diese Norm be-
zieht sich zwar auf das Verfahren beim Erlaß von Verwaltungsakten und damit auf Verpflichtungsklagen, so daß eine direkte Anwendung aus-
scheidet. Die Rechtsähnlichkeit der Leistungsklage mit ihrem Unterfall der Verpflichtungsklage rechtfertigt jedoch eine analoge Anwen-
dung¹⁾.

Für den Inhalt der Entscheidung kommt es somit darauf an, ob Spruch-
reife gegeben ist, d.h. ob weitere Erhebungen erforderlich sind, damit eine endgültige Entscheidung gefällt werden kann²⁾. Die Frage der
Spruchreife ist damit abhängig vom Umfang der Vorabentscheidung bei
Erteilung der Zusage. Verpflichtet sich die Gemeinde lediglich, die Be-
baubarkeit eines Geländes zu ermöglichen, dann kann das Gericht nur die
Verpflichtung aussprechen, überhaupt einen Bebauungsplan aufzustellen.
Der ergehende Bescheidungsanspruch des Gerichts verpflichtet die
Gemeinde, den Beschluß des Bebauungsplanes als Satzung unter Beach-
tung der Rechtsauffassung des Gerichts zu fällen.

Ob nur eine Bescheidung oder eine Verpflichtung in Betracht kommt,
hängt wesentlich von zwei Faktoren ab: Zum einen ist maßgeblich, wie
weit das Planungsverfahren der Gemeinde fortgeschritten ist. Ist das
Beteiligungsverfahren nach §§ 2, 2 a BBauG noch nicht abgeschlossen, so
kann das Gericht lediglich den Bescheidungsstenor erlassen, die Gemein-
de werde zur Durchführung des Planaufstellungsverfahrens verurteilt³⁾.

Zum anderen hängt die Frage des Bescheidungs- oder Verpflichtungs-
anspruchs von der Präzision des Zusageinhalts ab. Je dezidiierter der
Planinhalt zugesagt wurde, desto weiter kann der Ausspruch des Ge-
richts die Einzelfestsetzung des Planes determinieren⁴⁾. In aller Regel
wird jedoch ein Gestaltungsspielraum verbleiben. Wurde beispielsweise
einem Industrieunternehmen zugesagt, der Bau einer 2-geschossigen
Produktionsstätte werde ihm durch Planaufstellung ermöglicht, so ist
damit noch keine Entscheidung über die Festsetzung als Gewerbe- oder

1) v. Barby, Diss., S. 140 f.; Westbomke, Anspruch, S. 134; ferner Bet-
termann, FS Nipperdey, S. 731; i.d.S. auch Redeker/ v. Oertzen,
VwGO, § 113 VwGO, § 113 vor Anm. 1; a.A. Zuleeg, DVBl. 1970,
162.

2) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 113 Rn. 61. Spruchreife ist gegeben,
wenn der Gemeinde kein Gestaltungsspielraum mehr verbleibt.

3) Wallerath, VerwR, § 8 III 4 (S. 233).

4) Allerdings darf der Spruch des Gerichts keinesfalls über den Inhalt
der Zusage hinausgehen, da sonst das Gewaltenteilungsprinzip ver-
letzt wäre.

Industriegebiet gefallen. Die Frage der Geschoßflächenzahl ist lediglich nach unten vorwegbestimmt. Auch über die weiteren Festsetzungen, etwa zur Grund- und Geschoßflächenzahl, zu Baulinien und -grenzen, hat die Gemeinde noch zu entscheiden.

Um der Gemeinde den erforderlichen Entscheidungsspielraum zu belassen, wird ein Bescheidungsausspruch der Regelfall, ein Verpflichtungsausspruch der Ausnahmefall der gerichtlichen Entscheidung sein¹⁾.

4. Die Vollstreckbarkeit der Entscheidung

Der perfektteste Rechtsschutz würde dem Bauwilligen jedoch nichts nützen, wenn er die Gemeinde nicht zwingen könnte, der gerichtlichen Entscheidung nachzukommen²⁾. Die Entscheidung ist nach den Regeln der Zivilprozeßordnung zu vollstrecken, soweit sich nichts anderes aus der Verwaltungsgerichtsordnung ergibt (§ 167 Abs. 1 VwGO). Die Vollstreckung aus Leistungsurteilen, die keine Geldleistung, sondern eine Maßnahme zum Gegenstand haben, die kein Verwaltungsakt ist, ist in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht ausdrücklich geregelt.

Eine Zwangsmaßnahme nach § 172 VwGO setzt einen Fall des § 113 Abs. 4 VwGO und damit eine Verpflichtungsklage voraus. Für eine analoge Anwendung des § 172 VwGO spricht jedoch gerade dieser Verweis. Da bereits eine Analogie aus § 113 Abs. 4 VwGO für die Leistungsklage angenommen wurde, ist es konsequent, § 172 VwGO ebenso analog auf die vorliegende Leistungsklage anzuwenden³⁾. Für eine Analogie spricht ferner, daß die VwGO in §§ 170, 172 die Vollstreckung gegen die öffentliche Hand abschließend geregelt hat, weil der Gesetzgeber damit für Behörden eine mildere Art der Vollstreckung schaffen wollte⁴⁾. Soweit mit dem Leistungsurteil der öffentlichen Hand eine hoheitliche Maßnahme aufgegeben wird, bestehen keine Bedenken, die Vollstreckung an § 172 VwGO auszurichten⁵⁾. Ein Rückgriff auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung ist somit nicht erforderlich⁶⁾.

Kommt die Gemeinde daher ihrer durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochenen Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplanes nicht nach, so kann sie durch ein Zwangsgeld angehalten werden, ihrer Pflicht nachzukommen. Dieses Zwangsgeld kann nach § 172 S. 2 VwGO wiederholt

- 1) Ein Verpflichtungsausspruch ist nur dann denkbar, wenn die Zusage - etwa unter Beilage von Plänen mit Begründung - einen so präzisen Inhalt hat, daß überhaupt kein Spielraum mehr verbleibt. Ist die Planung jedoch bereits so weit fortgeschritten, daß eine so präzise Zusage ergehen könnte, wird das Bedürfnis für eine Zusageerteilung relativ gering sein.
- 2) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 172 Rn. 1.
- 3) v. Barby, Diss., S. 143 f.
- 4) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 167 Rn. 8.
- 5) Jank, Diss., S. 96 f.; a.A. OVG Münster, NJW 1974, 917 f.; VGH BW, NJW 1973, 1518 f., die jedoch beide Leistungsurteile über Maßnahmen nicht hoheitlicher Natur betreffen.
- 6) Keiner Diskussion bedarf daher die Anwendbarkeit des § 894 ZPO über § 167 VwGO, wonach die Abgabe einer Willenserklärung durch das Urteil des Gerichts ersetzt wird.

angedroht, festgesetzt und vollstreckt werden. Angesichts der maximalen Höhe dieses Zwangsgeldes von nur 2.000,00 DM ist der Vollstreckungsdruck auf die Gemeinde zwar nicht besonders stark einzuschätzen. Da der verwaltungsgerichtliche Ausspruch der Planungspflicht auch eine gewisse "moralische" Wirkung¹⁾ auf die Gemeinde ausübt, kommt der Entscheidung jedoch auch ohne unmittelbare Vollstreckbarkeit eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.

5. Die Änderung oder Aufhebung des erlassenen Bebauungsplanes

Kommt die Gemeinde der Entscheidung des Gerichts nach, so ist sie grundsätzlich nicht gehindert, den in Erfüllung der Zusage aufgestellten Bebauungsplan später zu ändern oder aufzuheben. Im Gegensatz zu anderen verwaltungsbehördlichen Entscheidungen kommt dem Bebauungsplan keine Bestandskraft zu. Mit dieser Überlegung versucht Plagemann²⁾ seine These einer fehlenden, gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Planungszusage zusätzlich zu untermauern.

Würde eine Gemeinde den Bebauungsplan zwar aufstellen, sofort danach aber abändern oder aufheben, so kann diesem Vorgehen die Bindungswirkung der Zusage entgegenstehen³⁾. Soweit die Modifizierung des Planes für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist (§1 Abs.3 BBauG) und eine Bindung auch an die Zusage fortiele, ist eine zuvor erteilte Zusage jedoch nicht in der Lage, die Gemeinde an diesem Vorgehen zu hindern. Auch in diesem Fall muß sie aber bei der gebotenen Abwägung neben den öffentlichen auch den privaten Belangen ausreichend gerecht werden. Da bereits eine Planausweisung besteht, auf deren Bestand ein Betroffener vertraut hat, ist diesem privaten Interesse ein besonders starkes Gewicht beizumessen⁴⁾.

Selbst dann, wenn der vorhandene Plan entsprechend den Vorgaben des Bundesbaugesetzes rechtmäßig geändert oder aufgehoben werden kann, wird dem Vertrauen des jeweils Betroffenen durch einen Entschädigungsanspruch nach §§39 j, 44 BBauG⁵⁾ ausreichend Rechnung getragen, soweit die zulässigen Nutzungen seines Grundstücks aufgehoben oder abgeändert werden. Damit besteht - anders als nach geltendem Staatshaftungsrecht - eine verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung, so daß sich die Position des Zusageempfängers insoweit erheblich verbessert, wenn die Zusage nicht nur als rechtswirksam,

1) So BVerfGE 6, 257 (266) zum Unterlassen des Gesetzgebers, ein Gedanke, der gleichermaßen für unterlassene Normsetzung der Exekutive gelten kann.

2) WM 1979, 800.

3) Auch bei der Zusicherung einer Baugenehmigung könnte die Behörde die Genehmigung nach Erlaß alsbald wieder aufheben, wenn diesem Vorgehen nicht die Bindungswirkung der Zusicherung entgegengehalten werden könnte. Ein solches Verhalten der Behörde könnte dann als treuwidrig verstanden werden, wenn die Aufhebung nur erfolgt, um eine Leistungspflicht aus der Zusage zu umgehen.

4) Gelzer, BauPIR, Rn. 368 (S. 151) m.w.N. zur Rspr. Fn. 160.

5) Dazu Hoppe, ÖffBauBoR, Rn. 523, 528 ff.

sondern darüber hinaus als gerichtlich durchsetzbar angesehen wird. Entschließt sich die Gemeinde trotz Entschädigungspflicht zur Planänderung oder -aufhebung, so trifft den Zusageempfänger damit ein Risiko, dem er wie jeder andere Eigentümer eines Grundstücks im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes stets ausgesetzt ist.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Gegenstand der Untersuchung war die Selbstverpflichtung der Gemeinde zur Aufstellung eines bestimmten Bebauungsplanes in den verwaltungsrechtlichen Handlungsformen der einseitigen und vertraglichen Zusage.

1. Eine Qualifizierung der einseitigen Zusage als Verwaltungsakt scheitert zwar nicht am Merkmal der Regelung, sie vermag jedoch angesichts der prinzipiell begrenzten Bindungswirkung der Zusage nicht zu befriedigen. Vorzugswürdig erscheint es, sie als eigenständige Handlungsform in das System des Verwaltungshandelns zu integrieren. Die vertragliche Zusage folgt den Regeln des öffentlichen Vertragsrechts.

Abgrenzungen der Zusagen untereinander sowie gegenüber unverbindlichen Erklärungen (Inaussichtstellungen) sind ein Auslegungsproblem. Entscheidend ist der erklärte Wille der Gemeinde, wie er für den Empfänger erkennbar war. Den Gesamtumständen sowie den Funktionen der Erklärung kommt indizielle Bedeutung bei der Auslegung zu. Anders als die Auskunft, die sich auf rein informative Mitteilungen beschränkt, zeichnet sich die Zusage durch den Willen zur Selbstverpflichtung aus.

Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder sind weder direkt noch analog auf die einseitige Zusage, wohl aber auf die vertragliche Zusage anzuwenden. Einem subordinationsrechtlichen Vertrag über die Bauleitplanung steht kein Handlungsformverbot entgegen; für ihn gelten §§ 54 ff. VwVfG.

2. Die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Zusagen hinsichtlich des Vorrangprinzips konnten entkräftet werden.

Eine Rechtswidrigkeit von Zusagen läßt sich nicht aus der Doktrin "Kein Anspruch auf Normerlaß" begründen. Der Bebauungsplan ist weder eine reine Rechtsnorm noch ein Verwaltungsakt. Vielmehr weist der Plan fließende Grenzen auf, so daß er noch nicht aus dem Argumentationsbereich der Doktrin ausscheidet. Die Gültigkeit der Doktrin selbst ist aber seit Inkrafttreten des Grundgesetzes und infolge der sich verstärkenden Annahme subjektiver Rechte des einzelnen heute mehr als fraglich. Die Argumentation mit der parlamentarischen Gesetzgebung läßt sich jedenfalls nicht auf den Satzungserlaß der Gemeinde übertragen, da die Gemeindevertretung kein dem Parlament vergleichbares Legislativorgan ist und die rechtsetzenden Gestaltungsfreiheiten differieren.

§ 2 Abs. 7 BBauG stellt lediglich klar, daß nicht schon kraft Gesetzes ein Anspruch auf Planung besteht, wodurch noch keine entsprechende Zusage der Gemeinde ausgeschlossen wird. Zusagen verhindern keine Planung zur Ordnung der städtebaulichen Entwicklung i.S.d. § 1 Abs. 1 BBauG. Ebenso wenig stehen Zusagen der planerischen Gestaltungsfreiheit grundsätzlich im Wege. Inhaltlich muß die Zusage den gleichen Anforderungen entsprechen, denen sie als Bestandteil des abschließenden Abwägungsvorganges genügen müßte.

Das Verfahren der Planaufstellung erlaubt eine Zusageerteilung bereits vor Verfahrensabschluß nur so weit, wie die Funktion des Verfahrens gewährleistet bleiben kann. Das Aufstellungsverfahren soll sicherstellen, daß die während der Öffentlichkeitsphase von Bürgern und Trägern öffentlicher Belange vorgetragenen oder anders erlangten Planungsfakten in den Abwägungsvorgang einbezogen werden können. Soll diese Funktion des Beteiligungsverfahrens und das Prinzip der Offenheit im Zeitpunkt der Abwägung erhalten bleiben, darf die Gemeinde an eine Zusage dann nicht mehr gebunden sein, wenn später vorgetragene oder selbst erkannte Belange eine Modifizierung der Planung erforderlich machen. Nur eine solchermaßen bindungsreduzierte Zusage kann als rechtmäßig bewertet werden.

Um dem Vorbehalt des Gesetzes zu genügen, bedarf diese Zusage keiner Ermächtigungsgrundlage. Sie belastet weder den Zusageempfänger noch planungsbetroffene Bürger, weil durch den Bindungsvorbehalt unveränderte Planungserkenntnisse sowohl das Recht der Betroffenen auf gerechte Abwägung ihrer Belange, als auch ihr Recht auf Beteiligung am Verfahren gewährleistet bleiben.

3. Aus der zeitlichen Vorverlagerung der Entscheidung vor Eintritt der gesetzlichen Entscheidungssituation resultiert die besondere Anfälligkeit der Zusagen für Lageveränderungen.

Hieraus rechtfertigt sich die prinzipiell beschränkte Bindungswirkung der einseitigen Zusage, die sie für eine Verpflichtung der Gemeinde auf dem Gebiet der Bauleitplanung geeignet erscheinen läßt.

Das Verwaltungsverfahrensgesetz hat demgegenüber die vertragliche Zusage nicht ausreichend provisorisch gestaltet. § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG hindert die Gemeinde unter Beachtung der gebotenen restriktiven Interpretation der Norm, bereits beim Vorliegen neuer Planungserkenntnisse von der vertraglichen Zusage abzugehen. Die vertragliche Zusage ist daher, soll sie rechtmäßig sein, unter einen ausdrücklichen Vorbehalt unveränderter Planungserkenntnisse zu stellen.

4. Eine vorbehaltlose, vertragliche Zusage ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig, da § 1 Abs. 7 BBauG ein Bindungsverbot enthält. Ebenso resultiert aus § 134 BGB die Nichtigkeit inhaltlich rechtswidriger, einseitiger und vertraglicher Zusagen. Sie folgt ferner aus anfänglicher, objektiver Unmöglichkeit, da es infolge des formellen Normcharakters des Planes nicht möglich ist, einen zugesagten rechtswidrigen Bebauungsplan wirksam aufzustellen.
5. Für die Entscheidung über die Zusageerteilung ist die Gemeindevertretung zuständig; ihre Erteilung muß dagegen durch die zur Vertretung der Gemeinde Berechtigten erfolgen. Sogar Zusagen, die unter Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis der Vertretungsorgane erteilt wurden, sind infolge der Abstraktheit der Vertretungsmacht wirksam, soweit kein Fall der Kollusion oder des

evidenten Mißbrauchs vorliegt.

Zusagen unterliegen den Formerfordernissen des § 57 VwVfG und der Gemeindeordnungen.

Zusagen können ohne die Beteiligung der Bürger und Träger öffentlicher Belange und ohne die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erteilt werden, da weder subjektive Rechte Planungsbetroffener noch die Rechtskontrolle des Planes bereits durch Zusageerteilung wirksam geschmälert werden.

6. Art. 19 Abs. 4 GG fordert eine prinzipale Entscheidung über den Anspruch auf Planaufstellung. Verpflichtet ein Gericht die Gemeinde auf Grund einer wirksamen Zusage zur Planaufstellung, so liegt kein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip vor. Besondere Zurückhaltung ist jedoch geboten, soweit der Gemeinde über die Zusage hinaus ein Gestaltungsspielraum verbleibt.

Für die Klage steht der Verwaltungsrechtsweg offen. Ein Verfahren analog § 47 VwGO auf Normerlaß ist mangels Analogiefähigkeit des Normenkontrollverfahrens abzulehnen; im übrigen besteht weder die Notwendigkeit einer inter omnes-Wirkung der Entscheidung noch die einer Entscheidungskonzentration beim OVG. Als geeignete Klageart steht die allgemeine Leistungsklage zur Verfügung, so daß die Feststellungsklage infolge Subsidiarität ausscheidet. Zum Verfahren ist die Aufsichtsbehörde notwendig beizuladen, die damit bei Erteilung der Genehmigung nach § 11 BBauG an die Entscheidung gebunden ist.

Die Entscheidung ergeht analog § 113 Abs. 4 VwGO und ist analog § 172 VwGO vollstreckbar. Sie hindert die Gemeinde nicht, den erlassenen Bebauungsplan unter Entschädigung der Betroffenen zu ändern oder aufzuheben.

7. Aufgabe der Untersuchung war es, einen Weg aufzuzeigen, um den Konflikt widerstrebender Interessen im Vorfeld des Planbeschlusses zu lösen.

Die unter dem Vorbehalt unveränderter Planungserkenntnisse stehende Zusage - das Untersuchungsergebnis - befriedigt das Interesse eines Bauwilligen am Schutz seiner Disposition zwar nur begrenzt; der Erhalt sekundärer Verhaltenspflichten und die Anpassungspflicht an Lageveränderungen kommen jedoch seinem Schutzbedürfnis entgegen.

Diese Zusage gewährleistet, daß Bürger und Träger öffentlicher Belange ihre Einwendungen vortragen und diese von der Gemeinde beim Satzungsbeschluß berücksichtigt werden können.

Da dem Planverfahren vorgeschaltete Zusagen geradezu unerlässlich sein können, erhält die Gemeinde mit der Zusage ein Planungsinstrument, dessen sie dringend bedarf, um sachgerecht planen und eine angemessene, effektive Realisierung dieser Planung sicherstellen zu können.

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert: Die Klagebefugnis - eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung?
DVBl. 1981, 278 ff.

Allgemeines Verwaltungsrecht,
Heidelberg 1982,
zit.: VerwR.

Der Verwaltungsvorakt,
DÖV 1971, 397 ff.

Altenmüller, Reinhard: Verbindlichkeit von Zusagen in Gebietsveränderungsverträgen,
DÖV 1977, 34 ff.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919,
Neudruck der 14. Aufl. von 1933, Darmstadt 1960.

Apelt, Willibalt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
AöR 84 (1959), 249 ff.

Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
Leipzig 1920, Neudruck Aalen 1964.

Asam, Manfred: Kommunale Folgekosten und ihre Abwälzung durch Vertrag,
BayVBl. 1967, 168 ff.

Bachof, Otto: Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 18 (1960), S. 186 f.

Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung,
VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff.

Nachwort zu Bettermann, Karl August: Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt,
AöR 86 (1961), S. 186 ff.

Über öffentliches Recht, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts,
München 1978, S. 1 ff.,
zit.: FS BVerwG.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
JZ 1962, 745 ff.,
JZ 1966, 510 ff.

Satzungsgenehmigung und Satzungsoktroi: Verwaltungsakte mit
Doppelnatur? in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für
Werner Weber zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Schneider/Volk-
mar Götz,
Berlin 1974, S. 515 ff.,
zit.: FS Werner Weber.

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der
Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I, 3. Aufl.,
Tübingen 1966, Band II, Tübingen 1967,
zit.: VerfR I oder II.

VerfR I oder II, siehe Wolff, Hans J./Bachof, Otto.

Wege zum Rechtsstaat,
Königstein/Ts. 1979.

Badura, Peter: Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechts-
staat,
DÖV 1968, 446 ff.

Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwal-
tung und der soziale Rechtsstaat,
DÖV 1966, 624 ff.

Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 41 (1983), S. 232 ff.

Entwicklungsplanung und gemeindliche Selbstverwaltung, in: Im
Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber zum 70.
Geburtstag, hrsg. von Hans Schneider/Volkmar Götz,
Berlin 1974, S. 911 ff.,
zit.: FS Werner Weber.

Die Form des Verwaltungsaktes, in: Verwaltungsverfahren, Fest-
schrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags,
hrsg. von Walter Schmitt-Glaeser,
Stuttgart/München/Hannover 1977, S. 205 ff.,
zit.: FS Boorberg Verlag.

Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des allge-
meinen Verwaltungsrechts, in: Verfassung und Verfassungsrecht-
sprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen
Verfassungsgerichtshofs,
München 1972, S. 157 ff.,
zit.: FS BayVerfGH.

Rechtsetzung durch Gemeinden,
DÖV 1963, 561 ff.

Das Verwaltungsverfahren, in: Allgemeines Verwaltungsrecht,
hrsg. von Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens,
6.Aufl., Berlin/NewYork 1983, S. 317 ff.,
zit.: VerwR.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat - Eine publicistische Skizze,
Neudruck der Ausgabe von 1864, Aalen 1961.

Bahr, Bodo: Aussprache zu den Referaten von Wilhelm Söfker und Rainer
Wahl, in: Frühzeitige Bürgerbeteiligung an Planungen, hrsg. von
Willi Blümel,
Berlin 1982, S. 147 ff.
zit.: Bürgerbeteiligung.

Bank, B.: Die Problematik formloser Zusicherungen im Beamtenverhältnis,
ZBR 1964, 38 ff.

Barby, Hanno von: Anmerkung,
DVBl. 1974, 815 ff.

Verwaltungsgerichtliche Klagen auf Rechtsetzung? - Unter Berücksichtigung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen -,
Diss. Köln 1973.

Baring, Martin: Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
DVBl. 1965, 180 ff.

Barocka, Egon: Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme - Gestattungsverträgen zur Bodenbewässerung,
VerwArch. 51 (1960), S. 1 ff.

Bartelsperger, Richard: Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates,
DVBl. 1967, 360 ff.

Battis, Ulrich: Grenzen der Einschränkung gerichtlicher Planungskontrolle,
DÖV 1981, 433 ff.

Die Novelle zum Bundesbaugesetz,
DVBl. 1977, 160 ff.

Novelliertes Bundesbaugesetz und Grundgesetz,
DÖV 1978, 113 ff.

Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht,
Stuttgart 1981,
zit.: ÖffBauRoR.

Partizipation im Städtebaurecht,
Berlin 1976.

Baumanns, Lothar: Verfahrensrecht und Praxis der Bauaufsicht,
Köln u.a. 1982.

Becker, Klaus D.: Mitwirkungspflicht des Bürgers im Bebauungsplanverfahren ?
NJW 1980, 1036 f.

Beinhardt, Gerd: Die Verpflichtung der Behörde zur Erteilung von Auskünften,
DÖV 1965, 480 ff.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht,
VerwArch. 55 (1964), S. 151 ff., 210 ff.

Bender, Bernd: Zur gegenwärtigen Situation des Staatshaftungsrechts,
BauR 1983, 1 ff.

Staatshaftungsrecht,
3. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1981,
zit.: StHR.

Besler, Wolfgang: Die Probleme der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle unter Berücksichtigung der Neufassung des §47 Verwaltungsgerichtsordnung,
Diss. Münster 1981.

Bethge, Herbert: Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren,
NJW 1982, 1 ff.

Bettermann, Karl-August: Anmerkung,
JZ 1966, 445 ff.

Anmerkung,
DVBl. 1967, 862.

Anmerkung,
DVBl. 1969, 703 ff.

Anmerkung
DVBl. 1971, 112 ff.

Anmerkung,
DVBl. 1980, 237 ff.

Formen der gerichtlichen Anfechtung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen, in: Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, hrsg. von Karl August Bettermann/Albrecht Zeuner, Berlin 1969, S. 13 ff., zit.: FS Eduard Bötticher.

Rechtsetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Bd. II, hrsg. von Rolf Dietz/Heinz Hübner, München/Berlin 1965, S. 723 ff., zit.: FS Nipperdey II.

Vom Rechtsschutz und Rechtsweg des Bürgers gegen Rundfunk - Rufmord,
NJW 1977, 513 ff.

Die Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,
AöR 96 (1971), S. 528 ff.

Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung,
NJW 1960, 649 ff.

Bielenberg, Walter: Abwälzung der Folge- oder Nachfolgelasten der Erschließungen?
DVBl. 1967, 255 ff.

BBauG, siehe Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter.

Bierling, Ernst Rudolf: Juristische Prinzipienlehre, Dritter Band: Störung und Bewährung des Rechts,
Neudruck der Auflage von 1894-1917, Aalen 1961.

Birk, Dieter: Zu den schadensersatzrechtlichen Folgen der Verpflichtungserklärung einer Gemeinde, einen Bebauungsplan aufzustellen,
JA 1981, 57 f.

Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag,
NJW 1977, 1797 ff.

Birk, Hans-Jörg: Der Erschließungsvertrag gemäß §123 Abs.3 BBauG im BBauG - und KAG- Bereich, VBIBW 1984, 97 ff.

Bisek, Nikolaus-Zeno: Der öffentlich-rechtliche Vertrag nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der "Münchner Fassung" von 1966 und dem Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetz, Diss. Münster 1970.

Bleckmann, Albert: Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, VerwArch. 63 (1972), S. 404 ff.

Blümel, Willi: Anmerkung, DVBl. 1972, 122 ff.

Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36 (1978), S. 171 ff.

Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, hrsg. von Willi Blümel, Berlin 1982, S. 23 ff., zit.: Bürgerbeteiligung.

Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, hrsg. von Rudolf Lukes, Köln u.a. 1977, S. 223 ff. zit.: 5. DAS.

Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, 695 ff.

Raumplanung, Vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, in: Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65.Geburtstag, München 1967, S. 133 ff. zit.: FS Ernst Forsthoff.

Böckenförde, Christian: Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlin 1966.

Bötsch, Klaus: Die Unwirksamkeit von Nachfolgelastenverträgen, BayVBl. 1981, 11 ff.

Bohne, Eberhard: Der informale Rechtsstaat, Berlin 1981.

Informales Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug,
JbR Soz. 7 (1980), S. 20 ff.

Bonk, Heinz Joachim: VwVfG, siehe Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Leonhardt, Klaus.

Borgs-Maciejewski, Hermann: VwVfG, siehe Meyer, Hans/ Borgs-Maciejewski, Hermann.

Bouska, Wolfgang: Welchen Einfluß hat die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Gemeinde auf ihre Planungshoheit ?
BayBgm. 1969, 85 ff.

Bosse, Wolfgang: Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung,
Berlin 1974,
zit.: VerwVertr.

Braun, Klaus / Rotberg, Konrad Freiherr von: Verwaltungsgesetz für Baden-Württemberg, Kommentar,
Stuttgart 1977,
zit.: VwVfG.

Breuer, Rüdiger: Die Kontrolle der Bauleitplanung-Analyse eines Dilemmas,
NVwZ 1982, 273 ff.

Die hoheitliche raumgestaltende Planung,
Bonn 1968.

Brohm, Winfried: Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 40 (1982), S. 274 f.

Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung,
VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff.

Rechtsschutz im Bauplanungsrecht,
Stuttgart 1959.

Der Schutz privater Belange bei Bauplanungen,
NJW 1981, 1689 ff.

Broicher, Martin: Zur Legitimation lokaler politischer Entscheidungsprozesse, in: Bürgerbeteiligung, hrsg. von Detlef Garbe, Frankfurt a.M./Bern 1982, S. 133 ff.,
zit.: Bürgerbeteiligung.

Büchner, Bernward: Ergebnisse des 5. Deutschen Verwaltungsrichtertages,
DVBl. 1978, 102 ff.

Büchner, Volker: Die Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge,
Düsseldorf 1979.

Bückmann, Walter / Oel, Hans-Ulrich: Bürgerbeteiligung bei kommunalen Planungen,
München 1981.

Bullinger, Martin: Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag,
DÖV 1977, 812 ff.

Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, hrsg. von Hermann Conrad (u.a.), Berlin/Heidelberg/New York 1967, S. 667 ff.,
zit.: GS Hans Peters.

Vertrag und Verwaltungsakt,
Stuttgart 1962.

Beamtenrechtliche Zusagen und Reformgesetzgebung,
Frankfurt a.M. 1972.

Burmeister, Joachim: Selbstbindungen der Verwaltung,
DÖV 1981, 503 ff.

Zur Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft,
Verw. 1969, 21 ff.

Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff,
Wien/New York 1982.

Campenhausen, Axel Frhr. von: Die Koppelung von Verwaltungsakten mit Gegenleistungen im Vertragswege im Bau- und Bauordnungsrecht,
DÖV 1967, 662 ff.

Clasen, Heinrich: Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis,
DÖV 1959, 281 ff.

Clemens, Thomas: Öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Privaten?
Verw. 1979, 380 ff.

David, Carl-Heinz: Anmerkung,
DVBl. 1972, 692 ff.

Degenhart, Christoph: Der öffentlichrechtliche Abfindungsvergleich,
NVwZ 1982, 71 ff.

Vertragliche Bindungen der Gemeinde im Verfahren der Bauleit-
planung,
BayVBl. 1979, 289 ff.

Dispositionsschutz im Recht der Raumplanung,
DVBl. 1980, 660 ff.

Die Haftung der Gemeinde für fehlerhafte Bauleitplanung,
NJW 1981, 2666 f.

Vollendete Tatsachen und faktische Rechtslagen im Verwaltungs-
recht,
AöR 103 (1978), S. 163 ff.

Degmair, Hans Alfred: Nachfolgelasten bei neuen Wohnbaugebieten,
KStZ 1965, 169 ff.

Dittrich, Gerhard (Hrsg.): Erschließungsverträge,
2. Aufl., Nürnberg 1974.

Dolde, Klaus-Peter: Das öffentliche Baurecht 1974/75,
NJW 1976, 1056 ff.

Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1977/78,
NJW 1979, 889 ff.

Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1979,
NJW 1980, 1657 ff.

Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1980,
NJW 1981, 1929 ff.

Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht ?
NVwZ 1982, 65 ff.

Eckert, Lutz: Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldver-
hältnissen,
DVBl. 1962, 11 ff.

Emmerich, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen,
München 1978.

Engelhardt, Olaf-Roman Baron von: Der Rechtsschutz gegen Rechtsnor-
men,
Berlin 1971.

Erichsen, Hans-Uwe: Zur Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder in der kommunalen Abgabenverwaltung,
VerwArch. 70 (1979), S. 349 ff.

Geltung und Reichweite von Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt,
VerwArch. 67 (1976), S. 93 ff.

Öffentliches und privates Recht,
Jura 1982, 537 ff.

Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages,
VerwArch. 68 (1977), S. 65 ff.

Schule und Parlamentsvorbehalt, in:
Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, hrsg. von Dieter Wilke, Berlin/New York 1984,
S. 113 ff.,
zit.: FS Juristische Gesellschaft Berlin.

Zum staatlich-schulischen Erziehungsauftrag und zur Lehre vom Gesetz- und Parlamentsvorbehalt,
VerwArch. 69 (1978), S. 387 ff.

Die Umsetzung von Beamten,
DVBl. 1982, 95 ff.

Zum Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Grundgesetz,
VerwArch. 70 (1979), S. 249 ff.

Erichsen, Hans-Uwe / Martens, Wolfgang: Das Verwaltungshandeln, in:
Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsg. von Erichsen/Martens,
6. Aufl., Berlin/New York 1983, S. 129 ff.,
zit.: VerwR.

Ernst, Werner: Empfehlen sich weitere bodenrechtliche Vorschriften im städtebaulichen Bereich? in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages Düsseldorf, Bd. II Sitzungsberichte,
München 1972, L 7 ff.,
zit.: Referat 49. DJT.

Ernst, Werner / Hoppe, Werner: Das öffentliche Bau- und Bodenrecht,
2. Aufl., München 1981,
zit.: Bearbeiter, ÖffBauBoR.

Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter: Bundesbaugesetz,
Kommentar, 3 Bde.,
4. Aufl., 30. Lieferung, München 1983,
zit.: Bearbeiter, BBauG.

Evers, Adalbert / Lersch, Barbara / Strauß, Dietmar / Woelck, Harry:
Praxis der Gemeinden bei der Beteiligung der Bürger an der Bauleitplanung, Forschungsprojekt BM Bau RS II 1-704102- 78.01 (1979), Schriftenreihe "Stadtentwicklung" des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau 02.026,
Bonn 1982.

Eyermann, Erich: Wider die Aufblähung der Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren,
BayVBl. 1974, 237 ff.

Eyermann, Erich / Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
8. Aufl., München 1980,
zit.: VwGO.

Fiedler, Wilfried: Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die Systematik der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen,
AöR 105 (1980), S. 79 ff.

Funktion und Bedeutung öffentlich-rechtlicher Zusagen im Verwaltungsrecht,
Heidelberg/Karlsruhe 1977.

Allgemeines Verwaltungsrecht und Steuerrecht,
NJW 1981, 2093 ff.

Der Wirkungsbereich der clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht,
VerwArch. 67 (1976), S. 125 ff.

Fingerhut, Reinhard: Die planungsrechtliche Gemeindenachbarklage,
Siegburg 1976.

Finkelnburg, Klaus / Ortloff, Karsten-Michael: Öffentliches Baurecht,
München 1981,
zit.: Bearbeiter, ÖffBauR.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft,
3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979.

Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, hrsg. von Ernst von Caemmerer u.a.,
Karlsruhe 1960, S. 135 ff.,
zit.: FS DJT I.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil,
10. Aufl., München 1973.

Über Mittel und Methoden moderner Planung, in: Planung III, hrsg. von Joseph H. Kaiser,
Baden-Baden 1968, S. 21 ff.,
zit.: Planung III.

Norm und Verwaltungsakt im geltenden und künftigen Baurecht,
DVBl. 1957, 113 ff.

Frank, Götz: Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem
Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG),
DVBl. 1977, 682 ff.

Friauf, Karl Heinrich: Bau-, Boden- und Raumordnungsrecht, in: Besonderes
Verwaltungsrecht, hrsg. von Ingo von Münch,
6. Aufl., Berlin/New York 1982, S. 507 ff.,
zit.: BesVerwR.

Kommunalabgaben zur Abwälzung von Folgekosten des Wohnungsbaus,
DVBl. 1978, 517 ff.

Friehe, Heinz-Josef: Die Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen
Subventionsvertrag,
DÖV 1980, 673 ff.

Fritz, Christoph: Vertrauensschutz im Privatrechtsverkehr mit Gemeinden,
Berlin 1983.

Frotscher, Werner: Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte ?
DÖV 1971, 259 ff.

Frowein, Jochen Abr.: Die Bindung des Gesetzgebers an Verträge, in:
Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag,
Köln 1978, S. 301 ff.,
zit.: FS Werner Flume.

Der Status der kommunalen Vertretungskörperschaft und ihre Mitglieder, in:
Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, Kommunalverfassung,
hrsg. von Günter Püttner,
2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1982, S. 81 ff.,
zit.: HdbKommWissPr. II.

Gaentzsch, Günter: Öffentliches Baurecht,
Köln 1978,
zit.: ÖffBauR.

Gehrmann, W.: Nichtigkeit der Verpflichtung, einen Bebauungsplan aufzustellen,
UPR 1982, 82 ff.

Gelzer, Konrad: Bauplanungsrecht,
4. Aufl., Köln 1984,
zit.: BauPIR.

Die Industrieansiedlung unter Berücksichtigung des Planungsrechts
und des Immissionsschutzes,
BauR 1975, 145 ff.

Gern, Alfons: Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen
vom privatrechtlichen Vertrag,
VerwArch. 70 (1979), S. 219 ff.

Zur Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge zwischen Privaten,
NJW 1979, 694 ff.

Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlichrechtliche Berechtigungen
und Verpflichtungen,
Berlin 1977.

GEWOS: Planungsrecht in Gemengelage. Ein Forschungsbericht zur planerischen
Situation von Standorten industrieller und gewerblicher Anlagen in
Nachbarschaft zu Wohnnutzungen, Gesellschaft für Wohnungs- und
Siedlungswesen,
Hamburg 1983.

Glanegger, Peter: Der Nachfolgelastenvertrag,
Diss. Regensburg 1975.

Göldner, Detlef: Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht,
JZ 1976, 352 ff.

Gönnenwein, Otto: Gemeinderecht,
Tübingen 1963.
zit.: GemR.

Götz, Volkmar: Bauleitplanung und Eigentum,
Frankfurt a.M. 1969.

Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages,
JuS 1970, 1 ff.

Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag,
DÖV 1973, 298 ff.

Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz,
NJW 1976, 1425 ff.

Grau, Richard: Vom Vorrang der Bundeskompetenz im Bundesstaat, in:
Festschrift für Ernst Heinitz,
Berlin 1926, S. 358 ff.,
zit.: FS Ernst Heinitz.

Grabitz, Eberhard: Vertrauensschutz als Freiheitsschutz,
DVBl. 1973, 675 ff.

Grave, Helmut: §155 b BBauG - mißglückt und verfassungswidrig !
BauR 1980, 199 ff.

Grellert, Volker: Zusicherungen im Beamtenrecht,
Bonn 1964.

Grentschmann, Klaus: Ursachen und Folgen der Finanzkrise der Städte,
in: Staat und Gemeinden zwischen Konflikt und Kooperation, hrsg.
von Joachim Jens Hesse,
Baden-Baden 1983, S. 63 ff.,
zit.: Staat und Gemeinden.

Grupp, Klaus: Das Angebot des anderen Mittels,
VerwArch. 69 (1978), S. 125 ff.

Gusy, Christoph: Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen zum Erlaß
oder zum Nichterlaß eines Bebauungsplans ?
BauR 1981, 164 ff.

Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern,
DVBl. 1983, 1222 ff.

Häberle, Peter: Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 40 (1982), S. 278 ff.

Grundrechte im Leistungsstaat,
VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff.

Hailbronner, Kay: Die Zusage auf Einhaltung des objektiven Rechts,
DVBl. 1979, 767 ff.

Hamann, Andreas: Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung,
NJW 1955, 969 ff.

Hartz, Wilhelm: Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen im öffentlichen Recht beizubehalten? Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, Tübingen 1962, D 3 ff., zit.: Referat 44. DJT.

Hasbach, Hasso: Grenzen kommunaler Handlungsspielräume: Beispiele aus einer ganz gewöhnlichen Stadt, in: transfer 4, Planung in öffentlicher Hand, Opladen 1977, S. 59 ff., zit.: transfer 4.

Haueisen, Fritz: Anmerkung, DVBl. 1963, 813 ff.

Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht, NJW 1961, 1901 ff.

Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, DVBl. 1968, 285 ff.

Verwaltung und Bürger, DVBl. 1961, 833 ff.

Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, NJW 1969, 122 ff.

Heberlein, Ingo: Auswirkungen der Verwaltungsverfahrensgesetze auf die Dogmatik des Verwaltungsrechts, 2 Bde., Speyer 1981.

Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag? DVBl. 1982, 763 ff.

Hees, Wolf-Dieter: Verwaltungsrechtliche Probleme der amtlichen Verkehrszeichen. Rechtsnatur-Befolgungspflicht-Ersatzleistung-Rechtsschutz, Diss. Mannheim 1970.

Hegel, Hermann: Zur Verpflichtungs- und Leistungsklage in der VwGO, DÖV 1965, 413 ff.

Hendler, Reinhard: Die bürgerschaftliche Mitwirkung bei der städtebaulichen Planung, Göttingen 1977.

Henke, Wilhelm: Anmerkung, JZ 1969, 145 ff.

Das Recht der Wirtschaftssubvention als öffentliches Vertragsrecht,
Tübingen 1979.

Henle, Victor: Staatsrechtslehrtagung 1982 in Konstanz,
BayVBl. 1982, 746 ff.

Herzig, Peter: Die nichtvermögensrechtliche Zusicherung im Beamtenrecht,
Diss. Köln 1959.

Hoepffner, Klaus J.: Gesetzesverdrängung durch Verwaltungshandeln im Steuerrecht,
Diss. Würzburg 1971.

Hoffmann, Hermann Edler von: Die Gewaltenhemmung als Rechtspflichtung für die Gemeindeverfassung,
DÖV 1954, 496.

Zwang zur Gewaltenteilung im Gemeindeverfassungsrecht,
DÖV 1954, 327 f.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Selbstbindungen der Verwaltung,
VVDStRL 40 (1982), S. 187 ff.

Hoffmann, Karl: Die Zulässigkeit von Nachfolgelastenverträgen bei "kleineren" Bebauungsplänen,
BayVBl. 1982, 742 ff.

Hollerbach, Alexander: Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland,
Frankfurt a.M. 1965.

Hoppe, Werner: Bauleitplanung und Eigentumsgarantie,
DVBl. 1964, 165 ff.

Zwischengemeindliche planungsrechtliche Gemeindenachbarklage,
in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, hrsg. von Christian-Friedrich Menger,
München 1973, S. 307 ff.,
zit.: FS Hans Wolff.

Gerichtliche Kontrollidichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen - Ein Beitrag zu "zieldiktierten" Planungs- und komplexen Prognoseentscheidungen, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts,
München 1978, S. 295 ff.,
zit.: FS BVerwG.

ÖffBauBoR, siehe Ernst, Werner / Hoppe, Werner.

Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG), Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 12.12.1969 zum Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG) und seine Rechtskontrolle,
BauR 1970, 15 ff.

Staatsaufgabe Umweltschutz,
VVDStRL 38 (1980), S. 211 ff.

Zur Struktur der Normen des Planungsrechts, Bemerkungen zu rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begriffsbildung im Planungsrecht,
DVBl. 1974, 641 ff.

Die "Zusammenstellung des Abwägungsmaterials" und die "Einstellung der Belange" in die Abwägung "nach Lage der Dinge" bei der Planung,
DVBl. 1977, 136 ff.

Hoppe Werner / Rengeling, Hans-Werner: Die kommunale Bauleitplanung,
München u.a. 1973.

Hoppe Werner / Schlarmann, Hans: Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen,
2. Aufl., München 1981,
1. Aufl. 1971 nur Hoppe.

Imboden, Max: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut,
VVDStRL 18 (1960), S. 113 ff.

Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
Basel 1958.

Ipsen, Hans Peter: Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II,
Tübingen 1962, D 79 ff.,
zit.: 44. DJT.

Plangewährleistung, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, hrsg. von Ernst Forsthoff u.a.,
Göttingen 1973, S. 219 ff.,
zit.: FS Ernst Huber.

Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Planung II, hrsg. von Joseph H. Kaiser,
Baden-Baden 1966, S. 63 ff.,
zit.: Planung II.

Öffentliche Subventionierung Privater,
Berlin/Köln 1956, auch in:
DVBl. 1956, 468 ff., 498 ff., 602 ff.

Ipsen, Jörn: Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,
Baden-Baden 1980.

Jank, Ursula Katharina: Der Rechtsanspruch auf Erlass einer Verordnung und seine Durchsetzung vor den Verwaltungsgerichten dargestellt am Beispiel der Zulassungsordnung im Düngemittelrecht,
Diss. Frankfurt 1979.

Jansen, Leopold-Josef: Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1952 und der Grundsatz der Gewaltenteilung,
DÖV 1954, 328 ff.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte,
2. Aufl. 1919.

Jenke, Hans-Joachim: Bericht zum Arbeitskreis XIII, in: Die Entwicklung des öffentlichen Rechts, Berichte über die Arbeitskreise und die Podiumsdiskussion beim 7. Deutschen Verwaltungsrichtertag,
DVBl. 1983, 676 ff. (689 f.).

Jesch, Dietrich: Gesetz und Verwaltung,
2. Aufl., Tübingen 1968.

Joerger, Gernot: Bürgerversammlung – geeignet, um Bürger an Planungen zu beteiligen?
Städte T 1978, 205 ff.

Johlen, Heribert: Zur Amtshaftung der Gemeinde und des Staates bei der Aufstellung unwirksamer Bebauungspläne,
BauR 1983, 196 ff.

Kaiser, Joseph, H.: Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Verhandlungen des 50. DJT (1974), Bd. II,
München 1974, J 9 ff.,
zit.: Referat 50. DJT.

Expose einer pragmatischen Theorie der Planung, in: Planung I,
hrsg. von Joseph H. Kaiser,
Baden-Baden 1965, S. 11 ff.,
zit.: Planung I.

Der Plan als ein Institut des Rechtsstaats und der Marktwirtschaft
- Umriss eines Aktionsmodells, in: Planung II, hrsg. von Joseph H.
Kaiser,
Baden-Baden 1966, S. 11 ff.,
zit.: Planung II.

Kalkbrenner, Helmut: Rechtsverordnungen in der Prüfungszuständigkeit
des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Verfassung und Ver-
fassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des
Bayerischen Verfassungsgerichtshofs,
München 1972, S. 329 ff.,
zit.: FS BayVerfGH.

Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers,
DÖV 1963, 41 ff.

Kamphausen, Peter Wilhelm: Rechtsprobleme bei Auskünften von Ver-
waltungsbehörden an den Bürger,
Bochum 1983.

Kampmann, Manfred: Die Erteilung von Rechtsauskünften durch die Fi-
nanzämter,
Stuttgart 1963.

Kaufmann, Erich: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109
der Reichsverfassung,
VVDStRL 3 (1927), S. 2 ff.

Kauthner, Helmut / Grabis, Hans / Krebsbach, Ulrich: Bau- und Pla-
nungsrecht,
Köln 1981,
zit.: Bearbeiter, BauPIR.

Kellner, Hubert: Auskünfte und Zusagen über künftige Verwaltungsakte,
Diss. Münster 1965.

Kellner, Hugo: Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Aus-
künfte und Zusagen im öffentlichen Recht beizubehalten? Verhand-
lungen des 44. DJT (1962), Bd. II,
Tübingen 1962, D 47 ff.,
zit.: Referat 44. DJT.

Kessler, Ronald / Kortmann, Klaus-Jürgen: Die Vertragsstrafe im öf-
fentlich-rechtlichen Vertrag,
DVBl. 1977, 690 ff.

Kimminich, Otto: Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, hrsg. von Rudolf Lukes, Köln u.a. 1977, S. 263 ff., zit.: 5. DAS.

Die Verbindlichkeit mündlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, JuS 1963, 268 ff.

Kirchhof, Ferdinand: Die Baurechtsnovelle 1979 als Rechtswegsperre ? NJW 1981, 2382 ff.

Kirchhof, Paul: Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Heidelberg/Karlsruhe 1978.

Kirchmeier, Johannes: Die Bereithaltungspflicht des § 12 BBauG als bebauungsplanspezifische Reaktion des Gesetzes auf die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips, BauR 1983, 12 ff.

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl., Berlin/New York 1983.

Kisker, Gunter: Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313 ff.

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), S. 149 ff.

Kloepfer, Michael: Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685 ff.

Knack, Hans Joachim (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Bearbeiter: Knack, Hans Joachim / Schwarze, Karl-Robert u.a., 2. Aufl., Köln u.a. 1982, zit.: Bearbeiter, VwVfG.

Knemeyer, Franz-Ludwig: Bayerisches Verwaltungsrecht, Stuttgart/München/Hannover 1981, zit.: BayVerwR.

Knobloch, Ekkehard: Die kommunale Nachfolgelast, Diss. München 1970.

Kodal, Kurt: Straßenrecht, 3. Aufl., München 1978.

König, Hans Günther: Die Prüfung des Normenkontrollsystems nach § 47 VwGO vor dem Oberverwaltungsgericht (VGH), DVBl. 1963, 81 ff.

Köttgen, Arnold: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), S. 154 ff.

Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, in: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, Bd. I, Kommunalverfassung, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1956, S. 185 ff.
zit.: HdbKommWissPr. I.

Kohlhammer Kommentar: Bundesbaugesetz, mitbegründet von Hermann Brügelmann, Bearbeiter: Gustav Grauvogel, Hansjochen Dürr u.a., Stuttgart u.a., 41. Lieferung, Oktober 1983,
zit.: Bearbeiter, in: Kohlhammer Kommentar, BBauG.

Konrad, Horst: Der öffentlich-rechtliche Vertrag - Institution oder Trugbild?
Diss. Würzburg 1975.

Kopp, Ferdinand: Änderungen im Verwaltungsprozeßrecht, NJW 1976, 1961 ff.

Entwicklungstendenzen in der Verwaltungsgerichtbarkeit, BayVBl. 1977, 513 ff.

Mittelbare Betroffenheit im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß,
DÖV 1980, 504 ff.

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
6. Aufl., München, 1984,
zit.: VwGO.

Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar,
3. Aufl., München, 1983.
zit.: VwVfG.

Kottenberg, Kurt / Rehn, Erich: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen,
10. Aufl., Siegburg 1972, 6. Lieferung (November 1980),
zit.: GO NW.

Kottke, Joachim: System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages,
Diss. Hamburg 1966.

Kramer, Rainer: Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB),
Diss. Mainz 1976.

Krause, Peter: Rechtsformen des Verwaltungshandelns,
Berlin 1974.

Die Willenserklärung des Brügers im Bereich des öffentlichen Rechts,
VerwArch. 61 (1970), S. 297 ff.

Willensmängel bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten und öffentlich-rechtlichen Verträgen,
JuS 1972, 425 ff.

Krebs, Walter: Antragsbefugnis und Rechtsschutzinteresse im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren,
VerwArch. 69 (1978), S. 323 ff.

Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes,
Jura 1979, 304 ff.

Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes,
Berlin 1975.

Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen kommunaler Bauleitplanungen,
VerwArch. 72 (1981), S. 49 ff.

Krüger, Herbert: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung,
DVBl. 1955, 380 ff.

Allgemeine Staatslehre,
2. Aufl. Stuttgart 1966.

Küchenhoff, Günther: Die Rechtsnatur der staatlichen Genehmigung zu Rechtsetzungsakten öffentlicher Körperschaften,
JuS 1965, 52 ff.

Kuffer, Johann: Die Normsetzung als Ausübung der öffentlichen Gewalt i.S. von Art. 19 Abs. 4 GG,
Diss. Regensburg 1976.

Lang Eva / Ziemer, Edmund: Folgekosten. Kostenberechnung und Gestaltung von Folgekostenverträgen,
Würzburg/Stuttgart 1979.

Lange, Klaus: Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privatrechtlichen Vertrag,
NVwZ 1983, 313 ff.

Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag,
JuS 1982, 500 ff.

Probleme des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht,
WiVerw. 1979, 15 ff.

Vertrauensschutz nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz,
Jura 1980, 456 ff.

Langkeit, Herbert: Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II,
Tübingen 1962, D 37 ff.,
zit.: 44. DJT.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
5. Aufl., Berlin u.a. 1983.

Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
6. Aufl., München 1983,
zit.: BGB AT.

Lerche, Peter: Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Jubiläumsschrift, Zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, hrsg. von Helmut Külz/Richard Naumann,
Karlsruhe 1963, S. 59 ff.
zit.: Staatsbürger II.

Übermaß und Verfassungsrecht,
Köln u.a. 1961.

Leonhardt, Klaus: VwVfG, siehe Stelkens, Paul / Bonk, Heinz Joachim / Leonhardt, Klaus.

Littbarski, Sigurd: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht,
Frankfurt a.M./Bern 1982.

Lorenz, Dieter: Folgepflicht gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten und Straffreiheit des Ungehorsams,
DVBl. 1971, 165 ff.

Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie,
München 1973.

Das Verwaltungsverfahren in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts,
VSSR 1975, 255 ff.

Lotz, Klaus Werner: Zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht,
WiVerw. 1979, 1 ff.

Luhmann, Niklas: Funktionen und Folgen formaler Organisation,
3. Aufl., Berlin 1976.

Lob der Routine,
VerwArch. 55 (1964), S. 1 ff.

Luhmann, Ulrich: Das enttäuschte Vertrauen des Grundstückseigentümers in die Beständigkeit gemeindlicher Planungsabsichten,
BayVBl. 1974, 456 f.

Maiwald, Joachim: Die verwaltungsbehördliche Zusicherung im Verwaltungsverfahrenrecht,
BayVBl. 1977, 449 ff.

Mang, Johann / Simon, Alfons: Bayrische Bauordnung, Kommentar, Bd. I,
7. Aufl., München Stand 1. Febr. 1981,
zit.: BayBauO.

Martens, Joachim: Einführung in die Praxis des Verwaltungsverfahrens,
JuS 1979, 262 ff.

Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag,
AöR 89 (1964), S. 429 ff.

Martens, Wolfgang: Grundrechte im Leistungsstaat,
VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff.

Öffentlich als Rechtsbegriff.
Bad Homburg u.a. 1969.

Maunz, Theodor: Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen,
BayVBl. 1962, 1 ff.

Verwaltungsgerichtsordnung.
BayVBl. 1971, 399 f.

Maurer, Hartmut: Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 275 ff., zit.: FS Eduard Kern.

Allgemeines Verwaltungsrecht,
3. Aufl., München 1983,
zit.: VerwR.

Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes,
JuS 1976, 485 ff.

Mayer, Franz: Zur Frage der Verbindlichkeit behördlicher Zusagen, JZ 1964, 677 ff.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I,
3. Aufl., München/Leipzig 1924,
zit.: VerwR I.

Meesen, Karl Matthias: Maßnahmegesetze, Individualgesetze und Vollziehungsgesetze,
DÖV 1970, 314 ff.

Menger, Christian-Friedrich: Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Subventionen,
VerwArch. 69 (1978), S. 93 ff.

Probleme der Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen-mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag ? in: Raumplanung und Eigentumsordnung, Festschrift für Werner Ernst zum 70. Geburtstag, München 1980,
zit.: FS Werner Ernst.

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,
VerwArch. 49 (1958), S. 272 ff.; 50 (1959), S. 193 ff.; 52 (1961), S. 196 ff.; S. 305 ff.; S. 410 ff.; 55 (1964), S. 73 ff.; 63 (1972) S. 447 ff.; 64 (1973), S. 203 ff.

Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, hrsg. von Chr.-Fr. Menger,
München 1973, S. 149 ff.,
zit.: FS Hans Wolff.

Menger, Christian Friedrich / Erichsen, Hans-Uwe: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,
VerwArch. 58 (1967), S. 278 ff.; 59 (1968), S. 167 ff.; S. 366 ff.

Merten, Detlef: Anmerkung,
DVBl. 1970, 701 f.

Meyer, Hans: Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 40 (1982), S. 319 ff.

Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen,
NJW 1977, 1705 ff.

Meyer, Hans / Borgs-Maciejewski, Hermann: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz,
2. Aufl., Frankfurt a.M. 1982,
zit.: Bearbeiter, VwVfG.

Meyer, Klaus: Staat, Gemeinde und Bürger im neuen Baurecht, in:
Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift, Zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, hrsg. von Helmut Külz/Richard Naumann,
Karlsruhe 1963, S. 228 ff.,
zit.: Staatsbürger II.

Moench, Christoph: Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle,
Baden-Baden 1977.

Möble, Wilhelm: Die planungsrechtliche Situation des außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplanes gelegenen Grundstückes,
DÖV 1974, 466 ff.

Monreal, Alfred: Auskünfte und Zusagen von Finanzbehörden,
Berlin 1967.

Müller, Helmut: Bindung an Auskünfte und Zusagen der Finanzbehörden,
Diss. Frankfurt a.M. 1973.

Müller, Horst Joachim: Anmerkung,
DÖV 1980, 220 ff.

Zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes,
Verw. 1977, 513 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: hrsg. von Kurt Rebmann/ Franz-Jürgen Sacker, Bd. 2, Schuldrecht, Allg. Teil, Bearbeiter: Günther Roth u.a.,
München 1979,
zit.: Bearbeiter, in: Münchener Kommentar.

Mußnug, Reinhard: Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 40 (1982), S. 282 ff.

Mutius, Albert von: Garantiert Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gegen Bebauungspläne ?
VerwArch. 63 (1972), S. 207 ff.

Zum personalen Geltungsbereich des Petitionsrechts,
VerwArch. 70 (1979), S. 165 ff.

Sind Gerichte im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren antragsbefugt ?
VerwArch. 64 (1973), S. 95 ff.

Grundfälle zum Kommunalrecht,
JuS 1979, 180 ff.

Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten ? Gutachten E zum 53. Deutschen Juristentag,
Berlin 1980, E 1 ff.,
zit.: Gutachten 53. DJT.

Nichtigkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplanes,
Jura 1980, Heft 10, KK ÖR, § 59 VwVfG, Nr. 1.

Rechtsnorm und Verwaltungsakt. Zu Möglichkeiten und Grenzen rechtsdogmatischer Differenzierungen im Bereich des Verwaltungshandelns, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, hrsg. von Christian-Friedrich Menger,
München 1973, S. 167 ff.,
zit.: FS Hans Wolff.

Zur "Subsidiarität" der Feststellungsklage,
VerwArch. 63 (1972), S. 229 ff.

Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgekosten,
VerwArch. 65 (1974), S. 201 ff.

Neumann, Horst: Quo vadis Bauleitplanung,
Beratende Ingenieure 1983, 26 ff.

Niedermaier, Franz: Verbindlichkeit von Zusagen der Verwaltung,
BayVBl. 1965, 401 ff.

Niehues, Norbert: Die Bekanntgabe dinglicher Verwaltungsakte,
DVBl. 1982, 317 ff.

Dinglichkeit im Verwaltungsrecht,
Diss. Münster 1963.

Dingliche Verwaltungsakte,
DÖV 1965, 319 ff.

Obermayer, Klaus: Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle,
DVBl. 1965, 623 ff.

Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts,
2. Aufl., Stuttgart 1975.

Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz,
Darmstadt/Neuwied 1983.

Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag,
BayVBl. 1977, 546 ff.

Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Vorträge und Diskussionsbeiträge der 38. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1970,
Berlin 1970, S. 142 ff.,
zit.: 10 Jahre VwGO.

Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut,
VVDStRL 18 (1960), S. 144 ff.

Rechtsprobleme der Zusicherung nach § 38 VwVfG, in: Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag, hrsg. von Peter Lerche/Hans Zacher/ Peter Badura,
München 1981, S. 247 ff.,
zit.: FS Theodor Maunz.

Der nichtige öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 59 VwVfG, in: Verwaltung und Rechtsbindung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, hrsg. von Theodor Maunz,
München 1979, S. 275 ff.,
zit.: FS BayVGH.

Der Verwaltungsakt als Gegenstand von Zusagen und Rechtsaukünften,
NJW 1962, 1465 ff.

Verwaltungsprozeßrecht, in: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, hrsg. von Johann Mang/ Theodor Maunz/ Franz Mayer/ Klaus Obermayer,
4. Aufl., München 1975, S. 330 ff.,
zit.: Staatsrecht.

Öhlinger, Theo: Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages,
Salzburg 1974.

Oertmann, Paul: Die Geschäftsgrundlage,
Leipzig 1921.

Oldiges, Martin: Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts,
Bad Homburg 1970.

Ossenbühl, Fritz: Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?
NJW 1983, 1 ff.

Änderungsgenehmigung und Öffentlichkeitsbeteiligung im Atomrecht,
DVBl. 1981, 65 ff.

Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages Hamburg, Bd. I Gutachten,
München 1974, B 1 ff.,
zit.: Gutachen 50. DJT.

Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht,
NJW 1981, 375 ff.

Zur Erziehungskompetenz des Staates, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag 2. Dezember 1976, hrsg. von Walter J. Habscheid u.a.,
Bielefeld 1976, S. 751 ff.,
zit.: FS F.W. Bosch.

Die Handlungsformen der Verwaltung,
JuS 1979, 681 ff.

Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts,
DÖV 1981, 1 ff.

Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsg. von Hans-Uwe Erichsen/ Wolfgang Martens,
6. Aufl., Berlin/ New York 1983, S. 59 ff.,
zit.: VerwR.

Selbstbindungen der Verwaltung,
DVBl. 1981, 857 ff.

Staatshaftungsrecht,
3. Aufl., München 1983,
zit.: StHR.

Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat,
DÖV 1972, 25 ff.

Palau, Rainer: Haftungsrelevante Probleme der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zusage,
Diss. Konstanz 1983.

Pagenkopf, Martin: Verringerung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen?
NJW 1979, 2382 f.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bearbeiter: Heinrichs, Helmut u.a.,
43. Aufl., München 1984,
zit.: Palandt/ Bearbeiter, BGB.

Papier, Hans-Jürgen: Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts,
NJW 1977, 1714 ff.

Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 40 (1982), S. 287 ff.

Fälle zum Wahlfach Wirtschaftsverwaltungsrecht,
München 1976.

Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung,
DVBl. 1975, 461 ff.

Grunderwerbsverträge mit "Bauplanungsabrede", BVerwG NJW
1980, 2538,
JuS 1981, 498 ff.

Pappermann, Ernst: Chancen für Organisationsreformen in der Kommunalverwaltung?
NVwZ 1983, 137 ff.

Das zwischengemeindliche Nachbarrecht- BVerwGE 40, 323,
JuS 1973, 689 ff.

Pestalozza, Christian: Formenmißbrauch des Staates,
München 1973.

Die Geltung verfassungswidriger Gesetze,
AöR 96 (1971), S. 27 ff.

Petersmann, Ernst-U.: Anmerkung,
DVBl. 1978, 824 f.

Pettenkofer, Horst: Der Vertrauensschutz bei behördlichen Auskünften
und Zusagen,
Diss. Würzburg 1969.

Pfander, Nikolaus: Die Zusage im öffentlichen Recht,
Diss. Hamburg 1968.

Pieper, Goswin: Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen
Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Ver-
gleich zur Funktion des Verwaltungsaktes,
DVBl. 1967, 11 ff.

Zur öffentlich-rechtlichen Zusage,
VerwArch. 59 (1968), S. 217 ff.

Die öffentlichrechtliche Zusage - eine bindende Erklärung zwi-
schen öffentlichen Rechtsträgern und privaten Rechtsträgern auf
dem Gebiete des öffentlichen Rechts,
Diss. Kiel 1965.

Pietzcker, Jost: Die Figur des Grundrechtsverzichts,
Staat 17 (1978), S. 527 ff.

Selbstbindungen der Verwaltung,
NJW 1981, 2087 ff.

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechts-
schutzauftrag,
VVDStRL 41 (1983), S. 193 ff.

Pietzner, Rainer / Ronellenfisch, Michael: Das Assessorenexamen im
Öffentlichen Recht-Widerspruchverfahrens und Verwaltungsprozeß,
4. Aufl., Düsseldorf 1983.

Plagemann, Hermann: Anmerkung,
NJW 1978, 2261 f.

Leistungsstörungen beim Folgelastenvertrag,
WM 1979, 794 ff.

Das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht in der Anwendung,
JA 1981, 594 ff.

Plössl, Hans: Zusicherungen von Verwaltungsbehörden,
Diss. München 1964.

Püttner, Günter: Städtebau und Privatrecht,
AfK 1966, 112 ff.

Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger,
DVBl. 1982, 122 ff.

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht,
VVDStRL 32 (1974), S. 200 ff.

Zusagen im öffentlichen Recht,
JA 1975, ÖR 109 ff. (S. 389 ff.).

Rauch, Bernhard: Die planungsrechtliche Gemeindenachbarklage,
BayVBl. 1980, 612 ff.

Rasch, E.: Die neueste Rechtsprechung und Literatur zur Normenkontrolle von Bebauungsplänen,
BauR 1981, 409 ff.

Raschauer, Bernhard: Selbstbindungen der Verwaltung,
VVDStRL 40 (1982), S. 240 ff.

Rauschning, Dietrich: Anmerkung,
DVBl. 1980, 831 ff.

Rebhan, Manfred: Öffentlichrechtliche Verträge im Bereich des Erschließungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts,
Diss. Frankfurt a.M. 1972.

Redeker, Konrad: Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberrechten zwischen Freiheit und Bindung, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichtes, hrsg. von Otto Bachof u.a., München 1978, S. 511 ff.,
zit.: FS BVerwG.

Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes,
DVBl. 1973, 744 ff.

Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch (Plangewährleistungsanspruch),
DVBl. 1968, 7 ff.

Staatliche Planung im Rechtsstaat,
JZ 1968, 537 ff.

Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe,
NJW 1980, 1593 ff.

Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf,
DÖV 1966, 543 ff.

Redeker, Konrad / Oertzen, Hans-Joachim von: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
7. Aufl., Stuttgart u.a. 1981,
zit.: VwGO.

Reichert, Bernd / Dürr, Hans-Jochen: Baurecht,
2. Aufl., Baden-Baden 1983,
zit.: BauR.

Reifenrath, Gerhard: Auskünfte und Zusagen im System des Verwaltungshandelns,
Diss. Köln 1967.

Renck, Ludwig: Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Verträge?
NJW 1970, 737 ff.

Die Normerlaßklage - VGH München, BayVBl. 1980, 209,
JuS 1982, 338 ff.

Probleme der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle,
NJW 1980, 1022 ff.

Die Rechtsnatur von Verkehrsregelungen durch Verkehrszeichen-
BGHSt 20, 125,
JuS 1967, 545 ff.

Der Verwaltungsakt im Subventionsrecht,
BayVBl. 1977, 76 ff.

Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag- BVerwG NJW
1969, 809,
JuS 1971, 77 ff.

Rinck, Gerd: Wirtschaftsrecht,
5. Aufl., Köln 1977.

Ritter, Ernst-Hasso: Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle,
DÖV 1976, 802 ff.

Röskau, Michael: Die Abwälzung von Folgekosten im Spiegel der Rechtsprechung,
KStZ 1969, 192 ff.

Rohwer-Kahlmann, Harry: Behördliche Zusagen und Vertrauensschutz,
DVBl. 1962, 622 ff.

Rubel, Rüdiger: Planungsermessen. Norm- und Begründungsstruktur,
Frankfurt a.M. 1982.

Rüfner, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der
Wirtschaft,
Berlin 1967.

Rupp, Hans Heinrich: Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrecht-
lichen Vertrages,
JuS 1961, 59 ff.

Formenfreiheit der Verwaltung und Rechtsschutz,
in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung,
Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwal-
tungsgerichts, hrsg. von Otto Bachof/ Ludwig Heigel/ Konrad Rede-
ker,
München 1978, S. 539 ff.,
zit.: FS BerwG.

Kritische Bemerkungen zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß,
DVBl. 1982, 144 ff.

Grundfragen der heutigen Verfassungslehre,
Tübingen 1965.

Salzwedel, Jürgen: Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichen Ver-
trages,
Berlin 1958.

Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwal-
tung,
AfK 1962, 203 ff.

Schäfer, Rudolf / Schmidt-Eichstaedt, Gerd: Das Bundesbaugesetz in
der Praxis - Ergebnis einer Rechtsstaatsachenuntersuchung,
DVBl. 1984, 588 ff.

Praktische Erfahrungen mit dem Bundesbaugesetz, Forschungsbe-
richt 34 der Konrad-Adenauer-Stiftung, hrsg. von Franz Schuster,
Melle 1984.

Schapals, Werner: Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
BWVPr. 1978, 74 ff.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Gewährleistung bei Änderung staatlicher Wirt-
schaftsplanung,
AöR 101 (1976), S. 337 ff.

Neues vom Schweinemästerfall,
JuS 1977, 789 ff.

Öffentliches Recht: Der eilige Polizeikommisar;
JuS 1979, 886 ff.

Rechtsschutz bei normativem Unrecht,
Berlin 1979.

Rechtsschutz gegen Normen,
JuS 1981, 81 ff.

Vertrauensschutz bei staatlicher Planung,
WiVerw. 1977, 18 ff.

Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und
Rechtsschutzauftrag,
VBIBW 1982, 313 ff.

Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsver-
fahrgesetz,
JuS 1977, 281 ff.

Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwal-
tungsprozeß,
AöR 95 (1970), S. 223 ff.

Schetting, Gerd: Rechtspraxis der Subventionierung,
Berlin 1973.

Scheuing, Dieter H.: Selbstbindungen der Verwaltung,
VVDStRL 40 (1982), S. 153 ff.

Schier, Rolf: Die Zusage, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsg. von
Rudolf Schweickhardt,
3. Aufl., Stuttgart u.a. 1983, Rn. 659 ff.,
zit.: Schier, VerwR.

Schimanke, Dieter: Die Verwaltung von Verdichtungsräumen in der Bun-
desrepublik Deutschland,
DÖV 1983, 704 ff.

Schimpf, Christian: Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer
Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit,
Berlin 1982.

Schlarmann, Hans: Das Verhältnis der privilegierten Fachplanungen zur
kommunalen Bauleitplanung,
Münster 1980.

Schleicher, Helmut: Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes,
DÖV 1976, 550 ff.

Schlez, Georg: Bundesbaugesetz, Kommentar,
2. Aufl., Wiesbaden/Berlin 1980.

Schlichter, Otto: Baurechtlicher Nachbarschutz, in: Die Entwicklung des öffentlichen Rechts, Berichte über die Arbeitskreise und die Podiumsdiskussion beim 7. Deutschen Verwaltungsrichtertag,
DVBl. 1983, 676 ff., Thesen des Referenten, 688 ff.

Schlichter, Otto / Stich, Rudolf / Tittel, Hans-Joachim: Bundesbaugesetz, Kommentar, hrsg. von M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, neu hrsg. von C.H. Ule, Bd. V., 1. Halbbd.,
3. Aufl., Köln u.a. 1979,
zit.: Bearbeiter, BBauG.

Schmidt, Rudi: Der Grundsatz des Vertrauensschutzes und seine Anwendungsmöglichkeiten,
ZfS 1982, 65 ff.

Schmidt, Walter: "Vertrauensschutz" im öffentlichen Recht,
JuS 1973, 529 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Der Anwendungsbereich des neuen Verwaltungsverfahrenrechts,
Städte- und Gemeindebund 1977, 9 ff.

Grundfragen des Städtebaurechts,
Göttingen 1972.

Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von Otto Bachof / Ludwig Heigel / Konrad Redeker,
München 1978, S. 569 ff.,
zit.: FS BVerwG.

Kommentierung von § 1 Abs. 1-3, 6 u. 7 BBauG, in: Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter, Bundesbaugesetz, Kommentar,
4. Aufl., 30. Lieferung, München 1983,
zit.: BBauG.

Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge administrativer Handlungsformen und Rechtsquellen,
München 1981.

Vorüberlegungen zu einem neuen Städtebaurecht,
DVBl. 1984, 582 ff.

Schmidt-Jortzig, Edzard: Kommunalrecht,
Stuttgart u.a. 1982.

Kommunale Organisationshoheit,
Göttingen 1979.

Schmidt-Salzer, Joachim: Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt,
zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag,
VerwArch. 62 (1971), S. 135 ff.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre,
4. Aufl., Berlin 1965.

Schmitt, Franz-Josef: Kommunalverwaltung und Verwaltungsgerichts-
barkeit, Thesen des Referenten,
DVBl. 1983, 682 f.

Schmitt-Glaeser, Walter: Anspruch, Hoffnung und Erfüllung, Das Ver-
waltungsverfahren und sein Gesetz - eine einleitende Bemerkung, in:
Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des
Richard Boorberg Verlags, hrsg. von Walter Schmitt-Glaeser,
Stuttgart / München / Hannover 1977, S. 1 ff.,
zit.: FS Boorberg Verlag.

Partizipation an Verwaltungsentscheidungen,
VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff.

Schnapp, Friedrich E.: Amtsrecht und Beamtenrecht, eine Untersuchung
über normative Strukturen des staatlichen Innenbereichs,
Berlin 1977.

Der Anspruch auf aufsichtsbehördliche Genehmigung von Satzungen
und Satzungsänderungen in der Krankenversicherung,
BKK 1969, 194 ff.

Besprechung: Knack (Hrsg.), VwVfG, Kommentar,
AöR 108 (1983), S. 136 ff.

Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht,
Herford 1972.

Zum Funktionswandel der Staatsaufsicht,
DVBl. 1971, 480 ff.

Kommentierung von Art. 20 GG, Grundgesetzkommentar 1, hrsg.
von Ingo von Münch,
Frankfurt a. M. 1974, S. 621 ff.,
zit.: Art. 20 GG.

Zum Rechtsschutz der Ortskrankenkassen gegen Organisationsver-
ordnungen im Gefolge kommunaler Neugliederung,
VSSR 1974, 191 ff.

Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts,
AöR 105 (1980), S. 243 ff.

Schneider, Oscar: Leitlinien für ein neues Baugesetzbuch,
DVBl. 1984, 577 ff.

Schneider, Rudolf: Anmerkung,
DVBl. 1966, 799 f.

Scholler, Heinrich / Broß, Siegfried: Grundzüge des Kommunalrechts in
der Bundesrepublik Deutschland,
2. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1979.

Scholz, Rupert: Verwaltungsverantwortung und- gerichtsbarkeit,
VVdStRL 34 (1976), S. 145 ff.

Schrödter, Hans: Bundesbaugesetz, Kommentar,
4. Aufl., München 1980.

25 Jahre verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Städtebau-
recht,
DVBl. 1973, 763 ff.

Schuegraf, Elmar: Die Problematik kommunaler Einrich-
tungsgesellschaften im Städtebau,
NJW 1964, 2088 ff.

Überforderung der Großstadtgemeinden,
BayVBl. 1965, 334 ff.

Schwabe, Jürgen: Anmerkung
NJW 1976, 159.

Probleme der Grundrechtsdogmatik,
Darmstadt 1977.

Schwarze, Karl-Robert: VwVfG, siehe Knack, Hans Joachim (Hrsg.).

Seiwerth, Jakob: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber
Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen,
Berlin 1962.

Sellmann, Martin: Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd.II.,
Tübingen 1962, D 83 f.

Sellner, Dieter: Kontrolle immissionsrechtlicher und atomrechtlicher Entscheidungen im Verwaltungsgerichtsprozeß,
BauR 1980, 391 ff.

Selmer, Peter: Der Vorbehalt des Gesetzes,
JuS 1968, 489 ff.

Sendler, Horst: Industrieansiedlung, Umweltschutz, Planungs- und Nachbarrecht,
WiR 1972, 453 ff.

Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 1- Nachbarschutz im Planbereich,
BauR 1970, 4 ff.

Simon, Alfons: Nachfolgelasten und Nachfolgelastenverträge der Gemeinden - ein Risiko,
BayVBl. 1974, 145 ff.

Simons, Lothar: Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse,
Berlin 1967.

Simson, Werner von: Planänderung als Rechtsproblem, in: Planung I,
hrsg. von Joseph H. Kaiser,
Baden-Baden 1965, S. 405 ff.,
zit.: Planung I.

Skouris, Wassilios: Die Legitimation zur Anfechtung von Bebauungsplänen,
DVBl. 1980, 315 ff.

Söffker, Wilhelm: Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei der Bauleitplanung,
in: Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, hrsg. von Willi Blümel,
Berlin 1982, S. 97 ff.

Sanierung, modernes Städtebaurecht und Eigentumsgarantie,
Diss. Göttingen 1972.

Söhn, Hartmut: Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?
Frankfurt a. M. 1974.

Soell, Hermann / Martin, Dieter: Die Beteiligung der Gemeinde an der Abfallbeseitigung,
BayVBl. 1978, 649 ff.

Spanner, Hans: Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes,
DVBl. 1964, 845 ff.

Steckert, Uwe: Rechtsnatur und Rechtswirkung sogenannter Anliegerbescheinigungen,
DVBl. 1969, 299 ff.

Stein, Lorenz von: Die Verwaltungslehre, Teil 1, Abt.1,
Neudruck der 2. Aufl. 1869, Aalen 1962.

Stelkens, Paul / Bonk, Heinz Joachim / Leonhardt, Klaus: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar,
2. Aufl., München 1983,
zit.: Bearbeiter, VwVfG.

Stelkens, Paul / Pagenkopf, Martin: Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts,
DVBl. 1977, 668 ff.

Stern, Klaus: Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages,
VerwArch. 49 (1958), S. 106 ff.

Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages,
AöR 84 (1959), S. 137 ff., 273 ff.

Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater,
JZ 1960, 518 ff., 557 ff.

Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung,
München, 1. Aufl., 1977 / 2. Aufl., 1984.

Schlichte Verwaltungsäußerungen,
BayVBl. 1957, 44 ff., 86 ff.

Verwaltungsprozessuale Probleme der öffentlich-rechtlichen Arbeit,
5.Aufl., München 1981,
zit.: VerwPrR.

Stettner, Rupert: Die Bindung der Gemeinde durch den Folgekostenvertrag,
AöR 102 (1977), S. 544 ff.

Stich, Rudolf: Die Rechtsnatur der beamtenrechtlichen Zusicherung,
ZBR 1956, 250 ff.

Das Verwaltungshandeln,
JuS 1964, 333 ff.

Stier-Somlo, Fritz: Das preußische Verfassungsrecht,
Bonn 1922.

Strotkamp, Erwin: Zusagen im Verwaltungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen im Beamten- und Steuerrecht,
Diss. Würzburg 1965.

Stüer, Bernhard: Kommunale Planung im Spiegel verwaltungsgerichtlicher Urteile und wirtschaftlicher Wertung,
Kommunalwirtschaft 1978, 191 ff.

Teufel, Wolfgang: Die Umsetzung,
ZBR 1981, 20 ff.

Thieme, Werner: Evidenz und Nichtigkeit,
DÖV 1962, 686 ff.

Der verfassungswidrige Verwaltungsvertrag,
NJW 1974, 2201.

Thoma, Richard: Das richterliche Prüfungsrecht,
AöR 43 (1922), S. 267 ff.

Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in:
Handbuch des Deutschen Staatsrechts; Bd.II, hrsg. von Gerhard Anschütz/ Richard Thoma,
Tübingen 1932, S. 607 ff.,
zit.: HdDStR II.

Tipke, Klaus: Bindung an Zusagen und Auskünfte,
StuWi. 1962, Sp. 697 ff.

Tittel, Hans-Joachim: Anmerkung,
DVBl. 1967, 38 ff.

Zum öffentlich-rechtlichen Thema des 44. Deutschen Juristentages,
DRiZ 1962, 307 ff.

Tobler, Dieter Erich: Die "clausula rebus sic stantibus" bei verwaltungsrechtlichen Verträgen. Ein Beitrag zu den Besonderheiten der Lehre von der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht,
Diss. München 1970.

Tschira, Oskar / Schmitt-Glaser, Walter: Die besonderen Sachurteils-
vor-aussetzungen der "anderen Leistungsklage",
BayVBl. 1975, 492 ff.

Verwaltungsprozeßrecht,
6.Aufl., Stuttgart u.a. 1983,
zit.: VwPrR.

Ule, Carl Hermann: Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß,
VerwArch. 65 (1974), S. 291 ff.

Verwaltungsprozeßrecht,
8.Aufl., München 1983,
zit.: VerwPrR.

Ule, Carl Hermann / Becker Franz: Verwaltungsverfahren im Rechts-
staat, Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsver-
fahrensgesetzes,
Köln / Berlin 1964.

Ule, Carl Hermann / Laubinger, Werner: Verwaltungsverfahrenrecht,
2.Aufl., Köln u.a. 1979,
zit.: VwVfR.

Umbach, Dieter: Anmerkung,
DVBl. 1971, 741 ff.

Veelken, Manfred: Zur Problematik und Unwirksamkeit der sogenannten
Garnisonsverträge,
DVBl. 1970, 924 ff.

Vogel, Klaus: Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlass der Verwal-
tungsverfahrensgesetze,
BayVBl. 1977, 617 ff.

Volkmar, Dieter: Allgemeiner Rechtsakt und Einzelakt,
Berlin 1962.

Voigt, Klaus von: Auskünfte, Zusagen und Vereinbarungen im Steuer-
recht,
Diss. Mainz 1968.

Voigt, Roland: Die Rechtsformen staatlicher Pläne,
Hamburg 1979.

Wachsmuth, Hans-Joachim: Erschließungsvertrag und Architektenver-
trag in der Bauleitplanung,
Stuttgart 1969.

Wagener, Frido: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart,
VVDStRL 37 (1979), S. 215 ff.

Wahl, Rainer: Bürgerbeteiligung bei der Landesplanung, in: Frühzeitige
Bürgerbeteiligung bei Planungen, hrsg. von Willi Blümel,
Berlin 1982, S. 113 ff.,
zit.: Bürgerbeteiligung.

Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 40 (1982), S. 289 ff.

Der Regelungsgehalt von Teilentscheidungen in mehrstufigen Plan-
verfahren,
DÖV 1975, 373 ff.

Waldhausen, Hubertus: Verwaltungsverfahrensgesetz Nordrhein/Westfa-
len,
Köln 1977.
zit.: VwVfG.

Wallerath, Maximilian: Allgemeines Verwaltungsrecht,
2. Aufl., Siegburg 1983.
zit.: VerwR.

Wambsganz, Ludwig: Die Bauleitplanung,
DVBl. 1961, 533 ff.

Planungsrecht und Planungspflicht der Gemeinde,
BayVBl. 1963, 1 ff.

Weber, Albrecht: Anmerkung,
JZ 1980, 314 f.

Wegener, Gerhard: Die Bedeutung des Planungsermessens,
Verw. 1981, 305 ff.

Weidemann, Clemens: Die Staatsaufsicht im Städtebaurecht als Instru-
ment zur Durchsetzung der Raumordnung und Landesplanung,
Münster 1982.

Weides, Peter: Öffentliches Recht: Der mißglückte Ablösungsvertrag,
JuS 1978, 841 ff.

Verwaltungsverfahren und Widerspruchverfahren,
2. Aufl., München 1981.

Weiß, Fritz: Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines
Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963-Bestandsaufnahme und Kri-
tik-,
Diss. Tübingen 1971.

Wenzel, Joachim: Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages,
SKV 1974, 57 ff.

Werner, Fritz: Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
DVBl. 1957, 221 ff.

Werner, Otto: Aspekte des Rechtsschutzes bei der kommunalen Neugliederung in Bayern,
BayVBl. 1976, 705 ff.

Wernicke, Konrad: Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd.II,
Tübingen 1962, D 74 ff.,
zit.: 44. DJT.

Westbomke, Konrad: Der Anspruch auf Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen,
Berlin 1976.

Weyreuther, Felix: Ablösungsverträge, entgegenstehende Rechtsvorschriften und gesetzliche Verbote, in: Aus dem Hamburger Rechtsleben, Festschrift für Walter Reimers zum 65. Geburtstag,
Berlin, 1979, S. 379 ff.,
zit.: FS W. Reimers.

Bauen im Außenbereich,
Köln 1979.

Die Bedeutung des Eigentums als abwägungserheblicher Belang bei der Planfeststellung nach dem Bundesfernstraßengesetz,
DÖV 1977, 419 ff.

Rechtliche Bindung und gesetzliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts,
BauR 1977, 293 ff.

Das Bundesbaurecht in den Jahren 1980, 1981 und 1982,
DÖV 1983, 575 ff.

Die Gesetzesbindung der Verwaltung und ihre Grenzen,
DVBl. 1964, 893 ff.

Umweltschutz und öffentliche Planung,
UPR 1981, 33 ff.

Wilhelm, Bernhard: Anmerkung,
ZBR 1965, 214.

Winnemöller, Bernhard: Wohnbau land - Engpaßfaktor der privaten Eigentumsbildung,
Städte- und Gemeindebund 1982, 325 f.

Winters, Karl-Peter: Anmerkung,
DÖV 1980, 305 f.

Wipfelder, Hans-Jürgen: Geschäftsgrundlage und öffentliches Interesse,
BayVBl. 1976, 423 ff.

Wolff, Hans J.: Anmerkung,
DVBl. 1961, 209.

Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht,
AöR 76 (1950/51), S. 205 ff.

Wolff, Hans J. / Bachof, Otto: Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974,
Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., München 1976,
zit.: Bearbeiter, VerwR I oder II.

Wolfrum, Rüdiger: Durchsetzung von Umweltbelangen im Verwaltungsverfahren am Beispiel der Bauleitplanung,
DÖV 1981, 606 ff.

Würtenberger, Thomas: Anmerkung,
BayVBl. 1980, 662 f.

Die Normerlaßklage als funktionsgerechte Fortbildung verwaltungsprozessualen Rechtsschutzes,
AöR 105 (1980), S. 370 ff.

Wurzel, Gabriele: Gemeinderat als Parlament?
Würzburg 1975.

Zacher, Hans F.: Diskussionsbeitrag,
VVDStRL 32 (1974), S. 254 f.

Zeidler, Karl: Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen im öffentlichen Recht beizubehalten? Verhandlungen des 44. DJT (1962),
Gutachten, Bd.I, 2. Teil, S. 7 ff.;
Diskussionsbeitrag, Bd.II, D 90 ff.,
Tübingen 1962,
zit.: Gutachten 44. DJT und 44. DJT.

Zoubek, Gerhard: Zwischen Wollen und Wägen: Das neue Baugesetzbuch kommt - aber wie?
DVBl. 1984, 596 ff.

Zschoch, Andreas: Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten,
Diss. Münster 1976.

Zuck, Rüdiger: Das Recht des Bebauungsplans,
2. Aufl., Stuttgart/ München/ Hannover 1980.

Zuleeg, Manfred: Die Ermessensfreiheit des Verordnungsgebers,
DVBl. 1970, 157 ff.

Zurmahr, P.: Die Rechtsgültigkeit von Vereinbarungen oder Zusicherungen über die Begründung eines Beamtenverhältnisses,
ZBR 1964, 200 ff.

LEBENS LAUF

Ich bin am 17. Juni 1954 als erstes Kind des Architekten Dipl.-Ing. Ernst Dossmann und seiner Ehefrau Olga geb. Berkenhoff geboren und im Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit. Nach Besuch der Grund- und Oberschule legte ich am 16. Mai 1972 die Reifeprüfung am wirtschaftswissenschaftlichen Märkischen Gymnasium in Iserlohn ab.

Im Wintersemester 1972 begann ich zunächst mit dem Architekturstudium an der Fachhochschule Hannover. Nach einer Studienzeit von 6 Semestern bestand ich am 30. Juni 1975 die Abschlußprüfung im Fachbereich Architektur mit der Vertiefungsrichtung Städtebau. Im Anschluß daran arbeitete ich als Planer im väterlichen Architekturbüro. Seit meiner Eintragung in die Architektenliste der Architektenkammer Nordrhein Westfalen am 17. Januar 1978 bin ich berechtigt, die Berufsbezeichnung Architekt zu führen.

Das Studium der Rechtswissenschaften nahm ich im Sommersemester 1976 in Bonn auf. Nach Studien an den Universitäten Bonn (1 Semester), München (2 Semester) und Freiburg (5 Semester) legte ich am 13. Juni 1980 die Erste Juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Freiburg ab.

In den juristischen Vorbereitungsdienst trat ich am 1. September 1980 im Bezirk des OLG Karlsruhe ein. In den Sommersemestern 1981 und 1982 war ich Gasthörer an der Universität Münster. Die Zweite Juristische Staatsprüfung bestand ich am 12. Januar 1983 vor dem Justizprüfungsamt Stuttgart.

Ab Februar 1983 arbeitete ich bis Ende 1984 als Justitiar im Architekturbüro Dossmann in Iserlohn. Seit Januar 1985 bin ich als Rechtsanwalt in Hannover auf dem Gebiet des privaten und öffentlichen Baurechts tätig.

